



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

| | |
|--------------------|--|
| Processo nº | 10850.001351/2005-01 |
| Recurso nº | Voluntário |
| Acórdão nº | 3801-004.322 – 1ª Turma Especial |
| Sessão de | 18 de setembro de 2014 |
| Matéria | RESTITUIÇÃO |
| Recorrente | RODOBENS ADM. E CORRETAGEM DE PREV. PRIVADA LTDA |
| Recorrida | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação do indébito tributário relativo a pagamento indevido ou a maior, extingue-se no prazo de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador, aos pedidos administrativos protocolizados anteriormente ao início de vigência da LC nº 118/2005, não se aplicando-lhes, assim, o prazo previsto na mencionada lei complementar, conforme o posicionamento do STF.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS CRÉDITOS.

A prova do indébito tributário, fato jurídico a dar fundamento ao direito de repetição ou à compensação, compete ao sujeito passivo que teria efetuado o pagamento indevido ou maior que o devido.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Flávio De Castro Pontes - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Flávio de Castro Pontes (Presidente), Paulo Sérgio Celani, Sidney Eduardo Stahl, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva Murgel, Marcos Antonio Borges e Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira.

CÓPIA

Relatório

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, que narra bem os fatos:

Trata o presente processo de pedido de restituição de créditos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da contribuição ao Programa de Integração Social (PIS), referentes ao período entre fevereiro de 1999 e abril de 2000, no valor de R\$ 89.840,88, sob a alegação de que, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou inconstitucional a inclusão da totalidade das receitas na base de cálculo das contribuições.

A DRF/São José do Rio Preto, por meio do despacho decisório de fls. 32/35, indeferiu a solicitação da contribuinte, sob a alegação de que os recolhimentos já foram atingidos pela decadência, haja vista, em resumo, que transcorreram mais de cinco anos entre os pagamentos e a formalização do pedido, a teor do art. 168 do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 3º da Lei Complementar (LC) nº 118, de 2005.

Quanto ao mérito, indeferiu o pedido porquanto somente ao Senado Federal cabe suspender a execução de todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo, o que ainda não aconteceu.

Cientificada do despacho e inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 37/48, alegando, em resumo, que, conforme entendimento do STJ, após o advento da LC nº 118, de 2005, o prazo para repetição deve ser contado da seguinte forma: “relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.05.05), o prazo para a ação de repetição de indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova”.

Assim, para os pagamentos ocorridos antes de 09/06/2005 o correspondente pedido de restituição pode ser formalizado no prazo de dez anos, contados da ocorrência dos fatos geradores até o limite máximo de 09/06/2010. Como a impugnante protocolizou o pedido em 07/06/2005, estaria dentro do prazo.

Quanto ao mérito, argumenta que o art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, que ampliou a base de cálculo das contribuições para incluir todas as receitas auferidas pelas empresas, seria inconstitucional, e que o STF já decidiu acerca dessa inconstitucionalidade em vários julgados.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) julgou improcedente a manifestação de inconformidade com base na seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extinguise 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.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LIQUIDEZ E CERTEZA.

Os valores recolhidos a maior ou indevidamente somente são passíveis de restituição/compensação caso os indébitos reúnam as características de liquidez e certeza.

CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em Recurso Extraordinário, não possui efeito erga omnes.

CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA.

A instância administrativa não possui competência para se manifestar sobre a constitucionalidade das leis.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho repisando, na essência, as razões apresentadas por ocasião da Manifestação de Inconformidade.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Borges

O recurso é tempestivo e atende aos demais pressupostos recursais, portanto dele toma-se conhecimento.

A questão posta em discussão envolve dois pontos, quais sejam (i) prazo decadencial para compensação de créditos tributários pagos indevidamente pelo contribuinte e (ii) direito ao crédito de COFINS pago com base no art. 3º, § 1, da Lei nº 9.718, de 1998, que foram posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Preliminarmente, no que tange à decadência, a repetição de indébito é tratada no art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), que determina que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Devemos atentar ainda para o que dispõe os artigos 3º e 4º da Lei Complementar 118/05, que fixou o termo inicial do prazo para a restituição dos valores indevidamente recolhidos, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, na data do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN e com efeitos retroativos, o que equivale dizer que o prazo para restituição/compensação passou a ser de 5 anos, contados da data do pagamento indevido.

O STF, por sua vez, no julgamento do RE nº 566.621/RS, julgado no qual havia sido aplicada a repercussão geral da matéria em exame, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 e firmou o posicionamento, por maioria dos votos, de que, somente para os processos ajuizados após a entrada em vigor da LC nº 118/2005, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, o prazo para compensação ou repetição do indébito tributário, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de 05 (cinco) anos contados do pagamento indevido. Segue a ementa, *in verbis*:

*DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA –
APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR N°
118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA
JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA
VACACIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO
PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS
PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE
2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a
orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os
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 dos
arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora
tenha se autoproclamado interpretativa, implicou 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 às 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 da confiança e de garantia do 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, 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 art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, 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. 543B, § 3º, do CPC aos recursos sobrepostos. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe195 DIVULG 10102011 PUBLIC 11102011 EMENT VOL0260502 PP00273) (Grifo nosso)*

Neste sentido, há de se observar o artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo Fiscais (CARF), aprovado pela Portaria nº 256/2009 do Ministro da Fazenda, com alterações das Portarias 446/2009 e 586/2010, que dispõe que os Conselheiros têm que reproduzir as decisões do STF proferidas na sistemática da repercussão geral, *in verbis*:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

No caso em tela, o pedido de restituição foi protocolizado em 07/06/2005, , relativos aos períodos de apuração de 01/02/1999 a 30/04/2000. Ou seja, o pedido administrativo ocorreu anteriormente ao início de vigência da LC nº 118/2005, não se

aplicando-lhe, assim, o prazo previsto na mencionada lei complementar, conforme o posicionamento do STF.

Portanto o direito de pleitear a restituição dos pagamentos indevidos não havia sido atingido pela decadência no momento do pedido administrativo, devendo-se aplicar o prazo de 10 (dez) anos, a contar do fato gerador.

No entanto, o Recorrente não trouxe aos autos elementos suficientes para comprovar a origem do seu crédito. Não apresentou nenhuma prova do seu direito creditório, em especial, a escrituração fiscal e contábil do período de apuração em que se pleiteou o crédito. Se limitou, tão-somente, a argumentar sobre a constitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998, reconhecida pelo STF, e que, por isso, faz jus ao crédito.

Para que se possa analisar efetivamente o mérito da questão, deveriam estar presentes nos autos os elementos comprobatórios dos créditos alegados e necessários para que o julgador possa aferir a pertinência do crédito declarado, o que não se verifica no caso em tela.

Em sede de restituição/compensação compete ao contribuinte o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, consoante a regra basilar extraída do Código de Processo Civil, artigo 333, inciso I.

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

Assim, nos termos do artigo 170 do Código Tributário Nacional, falta ao crédito indicado pelo contribuinte certeza e liquidez, que são indispensáveis para a restituição pleiteada.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Borges