



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10980.005511/2005-06
ACÓRDÃO	3202-001.802 – 3ª SEÇÃO/2ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	19 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	AVENIDA 7 MATERIAIS DE CONSTRUCAO LTDA
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

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

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, ou em valor a maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados data da extinção do crédito tributário. O prazo para restituição dos créditos dos recolhimentos havidos antes de 14.06.2000, início da vigência da Lei Complementar nº 118, de 2005, foram atingidos pelo prazo decadencial.

PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

O reconhecimento de direito creditório, oriundo de alegação de pagamento indevido ou a maior, depende da produção, pelo contribuinte, de elementos probatórios que permitam concluir positivamente acerca da liquidez e certeza de tal direito. Isso porque o ônus probatório do fato constitutivo do alegado direito creditório é do contribuinte, conforme art. 373, I, do CPC/2015, de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em negar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 19 de junho de 2024.

Assinado Digitalmente

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wagner Mota Momesso de Oliveira, Juciléia de Souza Lima, Onízia de Miranda Aguiar Pignataro e Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe (Presidente). Ausente(s) o conselheiro(a) Aline Cardoso de Faria.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, transcreve-se o relatório da Resolução CARF nº 3801-000.483:

“Trata o processo de pedido de restituição (apresentado por meio de formulário ‘papel’) de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), fl. 01, protocolizado em 14/06/2005, em relação aos pagamentos efetuados entre 15/03/1999 e 15/02/2004 para os períodos de apuração 02/1999 a 01/2004, no montante atualizado de R\$ 315.846,14, consoante planilha de fls. 05/07. Instruem o pedido, ainda, os documentos de fls. 02/04 e 08/14 (esclarecimentos acerca do pedido, cópia do cartão CNPJ, de procuração e de documentos societários).

2. À fl. 01, consta como motivo do pedido (campo 02): “Ilegalidade e Inconstitucionalidade da Lei 9.718/1998, Vide detalhamento anexo. ”

3. Em 08/07/2005, após análise, o pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, despacho decisório às fls. 17/19, em razão da decadência, a teor dos arts. 165 e 168 do CTN e item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, quanto aos recolhimentos havidos antes de 14/06/2000. Na mesma ocasião, e quanto aos pagamentos efetuados após 14/06/2000, considerou-se não formulado o pedido, por ter sido formalizado em desacordo com as normas de regência.

4. Inconformada com a decisão proferida, da qual foi cientificada em 12/07/2005 (fls. 20/21), a interessada interpôs, em 04/08/2005, manifestação de inconformidade a esta Delegacia de Julgamento, fls. 22/46, cujo teor é sintetizado a seguir.

5. Primeiramente, após breve relato dos fatos, afirma que o direito de pleitear a restituição relativamente aos recolhimentos anteriores a 14/06/2000 não está prescrito pois o prazo, tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, é de 10 (dez) anos (tese dos ‘cinco mais cinco’). Sobre o assunto, cita jurisprudência.

6. Após, aduz ser equivocada a decisão de não tomar conhecimento do pedido de restituição. Diz ter demonstrado que o pedido não poderia ter sido feito eletronicamente, elenca as hipóteses em que o pedido eletrônico deve ser efetuado e diz não haver dúvidas quanto à possibilidade de sua formalização nos moldes em que consta dos autos.

7. Na sequência, discorre sobre a inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo contida no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718, de 1998. Disserta, também, sobre a majoração de alíquota da Cofins. Diz que se trata de exigência nova, que não obedeceu aos ditames constitucionais. Saliencia não ser devedora da Cofins calculada com base na Lei nº 9.718, de 1998 e pede, ao final, o reconhecimento do direito pleiteado. Pede, ainda, que o crédito deferido seja compensado ou ressarcido, devidamente atualizado, nos termos da legislação.

A Delegacia de Julgamento em Curitiba (PR), às fls. 50/59, proferiu a seguinte decisão, nos termos da ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

PREJUDICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/01/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. APRESENTAÇÃO APÓS 29/09/2003. INADMISSIBILIDADE.

Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29/09/2003.

Solicitação Indeferida

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme recurso de fls. 66 a 78, alegando e requerendo em síntese:

- o prazo para pleitear a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é de dez anos (tese pacífica do STJ — 5 mais 5);
- não se enquadra nas hipóteses prevista para que se possa elaborar pedido de restituição por meio eletrônico, através do programa PER/DCOMP, razão pela qual o pedido foi elaborado em formulário;

- a ampliação da base de cálculo da Cofins conferida pela Lei nº 9.718/98 é ilegal e inconstitucional, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal, devendo ser garantido o direito da contribuinte recolher a referida contribuição nos moldes da Lei Complementar nº 70/91, ou seja, incidente sobre o faturamento e não sobre a totalidade das receitas;
- os valores a serem restituídos deverão ser acrescidos dos juros nos moldes fixados pela Lei nº 9.250/95, desde a data do pagamento indevido.”

Quando do julgamento do recurso voluntário, o Colegiado entendeu por bem converter o julgamento em diligência para que a DRF de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com base na escrituração fiscal e contábil, períodos de apuração de maio/2000 a jan/2004, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, bem como verifique se constam nos sistemas de arrecadação os respectivos comprovantes de pagamento;
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.

Após o retorno da diligência, o Presidente da 3ª TE da 3ª Seção de Julgamento constatou que o valor do crédito em litígio ultrapassou o limite de competência das Turmas Extraordinárias, do que este processo fora encaminhado, mediante novo sorteio, para julgamento por esta turma ordinária.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe**, Relator.

Conforme já analisado na Resolução nº 3801-000.483, o recurso é tempestivo e atende os requisitos de admissibilidade, pelo que dele tomo conhecimento.

PRELIMINAR

Inicialmente, cabe reproduzir a análise das questões preliminares ao mérito constantes da referida resolução, cujas razões de decidir concordo e adoto como minhas, do que passo a transcrever:

“A questão posta em discussão envolve três pontos, quais sejam (i) prazo decadencial para requerimento de restituição de créditos tributários pagos indevidamente pelo contribuinte; (ii) o pedido de restituição apresentado em formulário impresso e (iii) 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.

1 – Preliminar: Do Prazo para o Pedido de Restituição.

Preliminarmente, no que tange à decadência, devemos atentar 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.

Sem adentrar, neste momento, em todas as discussões travadas pela doutrina e pelos Tribunais acerca do alcance da referida interpretação, o STF, 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 Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO 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 sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL MÉRITO DJe195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL0260502 PP00273) (Grifo nosso)*

Neste sentido, há de se observar o artigo 62º 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. 62A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C 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 de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) foi protocolizado em 14/06/2005, correspondendo a pagamentos efetuados no período de 15/03/1999 a 15/02/2004. Ou seja, o pedido administrativo ocorreu após o início de vigência da LC nº 118/2005, aplicando-se, assim, o prazo previsto na mencionada lei complementar, conforme o posicionamento do STF.

Portanto o direito de pleitear a restituição dos pagamentos alegadamente indevidos anteriores a 14/06/2000 já havia sido atingido pela decadência no momento do pedido administrativo.

Resta analisar os valores recolhidos posteriormente à essa data.

2 – Preliminar: Pedido de Restituição Formulado em Papel.

Quanto à questão da forma de apresentação do pedido de restituição, assiste razão à recorrente, pois seu pleito refere-se também a pagamentos efetuados a mais de cinco anos da protocolização, e, conquanto possa-se alegar que o pedido deveria ter sido desmembrado em dois: um, para os pagamentos anteriores aos últimos cinco anos, e outro, para os demais pagamentos, há de se considerar que, reiteradamente, a administração tributária não conhece de pedidos formulados com fundamento em inconstitucionalidade de lei não declarada pelo Poder competente, com efeito erga omnes, haja vista a própria decisão ora recorrida.

Ademais, a atual sistemática de repetição de indébito, incluída tanto a restituição como a compensação, é hoje disciplinada pela Lei nº 9.430/96, que no seu art. 74 estabelece o procedimento para se apurar tal direito do contribuinte, não determina a obrigatoriedade do pedido administrativo ser feito pela via eletrônica, o que poderia atingir inclusive o basilar direito de petição do contribuinte.

Nesse ponto, cumpre lembrar que, nos termos do art. 74, § 12, alínea "f", da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, na hipótese em exame, caso houvesse declaração de compensação para o crédito pleiteado, tal compensação seria considerada não-declarada e não se lhe aplicaria o rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972."

Do acima exposto, decidiu-se que (1) o direito de pleitear a restituição dos pagamentos alegadamente indevidos anteriores a 14/06/2000 já havia sido atingido pela decadência no momento do pedido administrativo, e (2) não há vício na forma de apresentação do pedido de restituição em papel pela recorrente.

MÉRITO

A discussão cinge-se, portanto, no direito à restituição de valores de contribuição pagos a maior, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, pelo STF, consignado sob o Tema 110, que veda a ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins. E, conforme análise das questões preliminares, deve-se verificar somente os valores pagos posteriormente a 14.06.2000, portanto, não atingidos pela decadência.

Nesse sentido, a Resolução CARF nº 3801-000.483 assim motivou a decisão pela conversão do julgamento em diligência:

“Em que pese o direito da interessada, do exame dos elementos comprobatórios, **constata-se que, no caso vertente, os documentos apresentados são insuficientes para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins e eventuais pagamentos a maior. Consigne-se, por oportuno, que a interessada limitou-se em apresentar uma planilha às fls. 06 e 07.**”

Por outro lado, é notório que boa parte dos contribuintes recorreu ao Poder Judiciário em relação ao alargamento da base de cálculo das contribuições PIS e Cofins, o que implica, em tese, na renúncia à esfera administrativa.

Ante ao exposto, voto no sentido de converter o presente julgamento em diligência, para que a Delegacia de origem:

- a) informe se a interessada propôs ação judicial com o mesmo objeto deste processo administrativo fiscal. Em caso positivo, fazer uma síntese do andamento processual;
- b) apure a correta composição da base de cálculo da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) com base na escrituração fiscal e contábil, períodos de apuração de maio/2000 a jan/2004, segundo o conceito de faturamento adotado na Lei Complementar nº 70, de 1991, qual seja, a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza, bem como verifique se constam nos sistemas de arrecadação os respectivos comprovantes de pagamento;
- c) cientifique a interessada quanto ao teor dos cálculos para, desejando, manifestar-se no prazo de dez dias.” (destaquei)

Em atendimento à resolução, a Delegacia da Receita Federal em Curitiba, encaminhou o Termo de Intimação nº 84/18 (fls. 99/100), requerendo:

“2. Entretanto, em análise à planilha anexa ao PER, dela se verifica que o valor apurado como a restituir, toma por base, unicamente, o alargamento da alíquota da COFINS, de 2% para 3%, já que não deduziu da base de cálculo qualquer receita, quer financeira, quer de aluguéis ou outras, donde se deduz que o litígio formado, então, não tem por foco a base de cálculo do tributo.

3. Quanto aos valores cuja restituição pleiteia, verifica-se que:

3.1 – Em relação ao PA maio/2000, confessou um débito, no valor de R\$ 13.037,02, mas fez um recolhimento de apenas R\$ 1.639,51. Os restantes R\$ 11.397,51 foram informados, na DCTF, como tendo sido compensados com base no processo judicial nº 94.0011542-3. O valor cuja restituição pleiteia é de R\$ 4.345,68.

3.2 – Já em relação ao PA mar/2001 confessou em DCTF, débito de R\$ 9.542,97, pagos com um DARF de mesmo valor. Na planilha que anexou ao PER, contudo, informa que o recolhimento feito, perfaz R\$ 10.484,64. Solicita restituição de R\$ 3.494,88.

4. Assim, fica V. Sª intimado a, no prazo de 20 dias:

- a) informar se, em relação ao crédito acima referido, propôs alguma ação judicial com o mesmo objeto, informando, em caso positivo, o número da ação, o estágio em que se encontra, bem como anexando cópia das decisões já proferidas no processo;
- b) posicionar-se quanto à afirmação posta no item 2, acima;
- c) apresentar cópia da decisão judicial com base na qual fez a compensação a que se fez referência no subitem 3.1, acima; e,
- d) fazer prova do recolhimento, no valor de R\$ 10.484,64, referido no subitem 3.2, acima.”

O Relatório de Diligência, então, informa que:

“3. Expedida a Intimação, via correio, e não localizado o contribuinte no endereço constante em seu cadastro, nesta RFB (fl. 104), houve o retorno da correspondência (fl. 101).

3.1 – Contactado o contribuinte, na pessoa de seu sócio, Sr. João Carlos Sebben, CPF 168.439.590-91 (fl. 105), solicitou-se a sua presença às dependências desta RFB, no endereço citado na Intimação, para que tomasse ciência da referida Intimação.

3.2 – Atendendo à solicitação, compareceu a esta RFB, em 09/08/18, quando, então, tomou ciência, conforme consta no próprio AR, à fl. 101. Cópia do RG, de fls. 102 a 103.

4. Ciente da Intimação, como se disse e provou, em 09/08/18, não a atendeu dentro do prazo dado (20 dias), já decorridos, nesta data, mais de dois meses da data da ciência.

4.1 – Para o caso de não atendimento à Intimação, assim nela se condicionou (item 5):

A falta de atendimento à presente, no prazo dado, implica considerar-se: negativa a resposta em relação ao item 3-a; bem como positiva a premissa a que se refere o item 3-b; não provada a compensação citada no subitem 3.1; que o pagamento relativo ao PA mar/2001 não excede R\$ 9.542,97.

5. Assim, não prestadas as informações nem apresentados os documentos solicitados, não há como atender ao que foi solicitado pelo CARF, a não ser quanto à confirmação dos pagamentos, nos sistemas desta RFB, que se encontra, de fls. 95 a 96.”

Intimada do conteúdo do Relatório de Diligência por edital, após o insucesso da intimação por Aviso de Recebimento, a recorrente quedou-se silente. Nesse sentido, considerando (a) a insuficiência de provas juntadas pela recorrente, para se apurar a correta composição da base de cálculo da contribuição Cofins e eventuais pagamentos a maior, e (b) que a recorrente

optou por não atender à intimação, em sede de diligência, a qual oferecia condições para comprovação do seu direito, ausente a liquidez e certeza do crédito. Esse é o entendimento consolidado no âmbito deste Conselho.

O ônus probatório do fato constitutivo do alegado direito creditório é do contribuinte, conforme art. 373, I, do CPC/2015, de aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal. E o momento da produção da prova, conforme estatuem os arts. 15 e 16 do Decreto nº 70.235, de 1972, é por ocasião da apresentação das razões de defesa na instância a quo e admitida a complementação de provas, na instância recursal, por ocasião da apresentação do recurso voluntário. Não comprovada a formação do crédito pleiteado, sua liquidez e certeza, não se reconhece do direito.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Rodrigo Lorenzon Yunan Gassibe