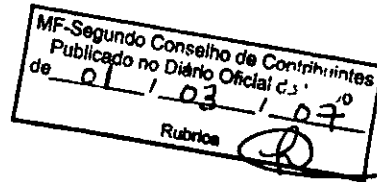




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704



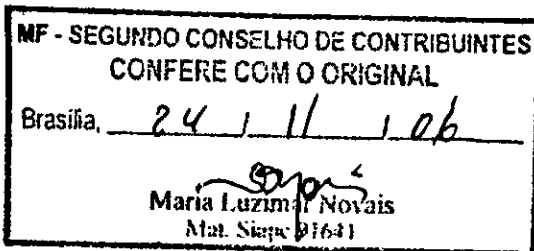
Recorrente : AUTO POSTO LEITNER LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PAGAMENTOS INDEVIDOS. ÔNUS DA PROVA. O direito à repetição só é possível quando demonstrado o efetivo recolhimento indevido. O ônus da prova é do interessado.

PIS. RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. O prazo decadencial para se pedir a restituição do tributo pago indevidamente tem como termo inicial a data de publicação da Resolução que extirpou do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

SEMESTRALIDADE. A base de cálculo do PIS, até a edição da MP 1.212/95, corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador.

Recurso provido em parte.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AUTO POSTO LEITNER LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para afastar a decadência e reconhecer a semestralidade dos créditos referentes a insidência própria. Vencidos os Conselheiros Nayra Bastos Manatta, Júlio César Alves Ramos e Henrique Pinheiro Torres quanto a decadência.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2005

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Rodrigo Bernardes de Carvalho
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Flávio de Sá Munhoz Sandra Barbon Lewis e Adriene Maria de Miranda.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	24 11 106
Maria Luzimar Novais Mat. Suape 01641	

2ª CC-MF
Fl.

Recorrente : AUTO POSTO LEITNER LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada entrou em 10 de outubro de 2000 com pedido de restituição/compensação da contribuição para o PIS paga indevidamente, em virtude de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, cujos efeitos foram suspensos pela Resolução do Senado Federal nº 49, de 09 de outubro de 1995.

A DRF em Curitiba - PR indeferiu o pleito da interessada, aos argumentos de que não teria apresentado documentação hábil a comprovar a liquidez e certeza do seu direito e por entender que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição é de cinco anos a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado.

Irresignada, a interessada manifestou sua inconformidade alegando, em apertada síntese, que não foi possível apresentar documentos porque, sendo comerciante varejista, os valores eram recolhidos pelos distribuidores atacadistas de petróleo, seus fornecedores, mediante substituição tributária nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda nº 238, de 21 de dezembro de 1984.

Afirmou ainda, que por ter mais condições, seria obrigação da SRF diligenciar a fim de obter os documentos que comprovam os valores indevidamente despendidos pela litigante. Por fim, caso não logre êxito em apresentar os referidos documentos, requer a adoção por estimativa do *quantum* da contribuição para o PIS fora indevidamente recolhido.

Quanto à documentação apresentada, se referem às vendas não abrangidas pela substituição tributária, ou seja, faturamento dos serviços e produtos acessórios.

Aduz que, nestes casos o prazo quinquenal para se pedir a restituição dos valores indevidamente recolhidos de PIS conta-se a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49, publicada em 10 de outubro de 1995, razão pela qual não teria se operado a decadência.

Por fim, afirma que o cálculo da contribuição para o PIS deve adotar como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao mês de competência, sem correção monetária.

A 3ª Turma de Julgamento da DRJ em Curitiba - PR, que indeferiu a solicitação de que trata este processo, fê-lo mediante a prolação do Acórdão DRJ/CTA Nº 35, de 19 de setembro de 2001, vazado nos seguintes termos:

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de Apuração: 01/07/1988 a 31/12/1995

Ementa: RECOLHIMENTO/PAGAMENTO. COMPROVAÇÃO.

O reconhecimento do direito creditório só é possível, mediante comprovação dos recolhimentos e/ou pagamentos.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de Apuração: 01/07/1988 a 31/08/1995

2



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24/11/106
 Maria Luzimar Nôvais Mat. Supte 91641	

2ª CC-MF
FL.

Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADENCIA.

A decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em 5 (cinco) anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.

— *Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep*

Período de Apuração: 01/09/1995 a 31/12/1995

Ementa: PIS. PRAZO DE RECOLHIMENTO. ALTERAÇÕES.

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

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. LEGALIDADE.

A atualização monetária do valor da contribuição devida decorre de expressa previsão legal.

RESTITUIÇÃO. CABIMENTO.

Não cabe a restituição de valores, cujo pagamento indevido não foi comprovado.

Solicitação Indeferida.

Irresignada com a decisão retro, a recorrente lançou mão do presente recurso voluntário de fls. 89/128, oportunidade em que reiterou os argumentos expendidos por ocasião de sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	24 / 11 / 06
 Maria Luzimar Novais Mat. SIAPE 01641	

2ª CC-MF
Fl.

**VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR
RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO**

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual, dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, a hipótese dos autos trata de restituição/compensação de crédito de PIS pago indevidamente, compreendido no período de apuração de maio de 1990 a setembro de 1995, em virtude de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1988, cujos efeitos foram suspensos pela Resolução do Senado Federal nº 49, de 09 de outubro de 1995.

Em seu pleito, a contribuinte requer a restituição das receitas próprias e impróprias, estas recolhidas na qualidade de substituídas tributárias. Com vistas a melhor apresentação da controvérsia, estes tópicos serão abordados separadamente.

Receitas Próprias

Neste caso, as receitas próprias dos postos de gasolina são provenientes do faturamento de serviços e produtos acessórios. A título de exemplo se incluem as receitas oriundas de vendas de mercadorias nas chamadas lojas de conveniência presente em alguns postos de venda de combustível.

Informe-se que a reclamante apresentou os DARFs relativos aos recolhimentos efetuados pelo seu estabelecimento.

Adotado pela instância *a quo* o entendimento de que o direito de se pleitear a restituição se extingue com o transcurso do prazo de cinco anos contados do pagamento antecipado que extingue o crédito tributário, praticamente todos os créditos estariam decaídos já que a protocolização do pedido foi feita em 24 de novembro de 1999.

Todavia, compartilho o entendimento predominante deste Segundo Conselho de Contribuintes, segundo o qual o termo inicial do prazo decadencial é contado a partir da publicação da Resolução do Senado que conferiu efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em controle difuso de constitucionalidade. Confira-se:

Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos, devendo tomá-lo, no caso concreto, a partir da resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do Senado Federal, que deu efeitos- erga omnes- à declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade (1ª CC – Ac. nº 107-0596, Rel. Conselheiro Natanael Martins, DOU 23/10/2000, p. 9)

Portanto, o direito subjetivo do contribuinte requerer a repetição do indébito só nasceu com a publicação da Resolução do Senado Federal que excluiu a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal do mundo jurídico, ou seja, em 10 de outubro de 1995.

Assim, como a protocolo do pedido de ressarcimento foi feito em 10 de outubro de 2000, afasto a decadência para todo o período em que houve recolhimento indevido do PIS com base nos combatidos decretos-leis.

 4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 24/11/96 Maria Luzimar Novais Mat. Siapex 01631

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

Quanto à forma como deve ser calculada a base de cálculo do PIS, entendo que deve ser reconhecida a semestralidade até a edição da Medida Provisória n. 1.212 de 1995, haja vista o disposto no parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, *verbis*:

- *Parágrafo único - A contribuição de julho será calculada com base no faturamento de janeiro; a de agosto, com base no faturamento de fevereiro; e assim sucessivamente.*

Aliás, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, este entendimento encontra-se pacificado pela Primeira Seção, conforme excerto do seguinte julgado, *verbis*:

RESP 374707

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS

DJ 07.03.2005 p. 187

Consoante iterativa jurisprudência de ambas as Turmas integrantes da eg. 1ª Seção, a base de cálculo do PIS, sob o regime da LC 07/70, é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador."

Deste modo, assiste razão à recorrente quando requer a aplicação da Lei nº Complementar nº 7/70 para que os cálculos sejam feitos considerando como base de cálculo o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, observando-se os prazos de recolhimento estabelecidos pela legislação do momento da ocorrência do fato gerador, sem correção monetária da base de cálculo.

No que concerne à atualização do indébito, até 31/12/1995, a correção monetária do crédito tributário deve observar os índices formadores dos coeficientes da tabela anexa à Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, que correspondem àqueles previstos nas normas legais da espécie, bem como aos admitidos pela Administração, com base nos pressupostos do Parecer AGU nº 01/96, para os períodos anteriores à vigência da Lei nº 8.383/91. A partir de 01/01/1996, tem-se a incidência da Taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic, sobre o crédito, por aplicação do artigo 39, §4º, da Lei nº 9.250/95.

Receitas Impróprias

Requer também a recorrente, agora na condição de substituída tributária das distribuidoras de derivados de petróleo e álcool etílico para fins carburantes, a restituição dos créditos de PIS pagos indevidamente com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1995.

Segundo a recorrente "*os postos, antecipando o fato gerador do tributo em epígrafe, repassaram os valores correspondentes às distribuidoras de derivados de petróleo que, por sua vez, assumiram a titularidade da exação por meio da sistemática da substituição tributária.*" (fls. 107).

Assim, a partir da edição da Portaria MF nº 238/84, os postos de combustível teriam adquirido a qualidade de substituídos tributários de seus fornecedores (substitutos), fazendo jus à repetição do indébito.

Realmente, de acordo com os termos da Portaria nº 238/1984 do Ministério da Fazenda, os postos de combustíveis (substituídos) se antecipam ao fato gerador e pagam o valor do tributo devido (PIS) no ato de aquisição da mercadoria às distribuidoras de derivados de

144



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília.	24 / 11 / 06
Maria Luzimar Novais Mat. Siapc 91641	

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

petróleo (substitutas) que assumem a responsabilidade tributária pelo adimplemento da obrigação.

Ocorre que a reclamante não traz à baila os comprovantes dos pagamentos que confirmem a liquidez e certeza dos supostos créditos a que diz ter direito.

Com o intuito de justificar a falta, afirma a recorrente não ter como comprovar o montante recolhido cabendo "à Receita Federal diligenciar junto às distribuidoras de combustíveis para solicitar as guias de recolhimento da contribuição ao PIS por substituição tributária (isso se esses dados não estiverem ao alcance da Receita, que certamente os levou a registro), assim como para verificar o efetivo valor recolhido por esta contribuinte a título de PIS no período objeto do presente pedido de restituição.(...)" (fl.108).

Todavia, o ônus da prova a teor do artigo 333 do Código de Processo Civil, incumbe ao autor quanto a fato constitutivo do seu direito. O processo administrativo segue o mesmo raciocínio. A título ilustrativo, colaciono rica doutrina de Marcos Vinícius Nedder e Maria Teresa Martinez López: (fl. 207; Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado; Dialética; São Paulo 2002)

No processo administrativo fiscal federa, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Então, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita.

Assim, para apreciar o pedido, necessário que a contribuinte comprove o que pagou na qualidade de substituída tributária, durante a vigência dos combatidos decretos-leis.

Neste ponto, peço vênica para transcrever excerto do voto do Ilustre Conselheiro-Presidente desta 4ª Câmara do Segundo Conselhos de Contribuintes Henrique Pinheiro Torres que, em hipótese semelhante tratou da matéria. (Processo nº: 10980.007293/00-23; Recurso nº: 129.806)

No tocante aos créditos remanescentes, deve-se aqui dividir a questão em três pontos, o primeiro referente a créditos cuja comprovação dos pagamentos não fora feito pela reclamante, o segundo, pertinente a DARFs relativo a recolhimentos efetuados por outros estabelecimentos da recorrente e, finalmente, aos de recolhimento próprios.

No que pertine aos supostos créditos de recolhimentos efetuados pela substituta tributária, dos quais a requerente não faz qualquer prova da existência do indébito, sequer traz planilhas de cálculos apontando o montante que teria sido recolhido pela distribuidora dos combustíveis. Não se pode pretender restituir valores incertos e ilíquidos. Tampouco é dada ao Fisco, ao contrário do alegado pela defesa, a incumbência de sair procurando no universo de todos os recolhimentos efetuados pelas distribuidoras de combustíveis a título de substituição tributária, quais pertenciam à reclamante e mais do que isso, o quanto era indevido. Ora, se assim fosse, os servidores fazendários não fariam outra coisa a não ser vasculhar os recolhimentos efetuados pelos contribuintes em busca de eventuais indébitos. Com isso, toda a economia de pessoal obtida com a sistemática do lançamento por homologação - onde o sujeito passivo tem a iniciativa dos atos preparatórios do lançamento, inclusive a antecipação do recolhimento dos tributos, sem a participação da autoridade fiscal - cairia por terra.

É óbvio que, também, no processo administrativo fiscal, o ônus da prova é de quem alega. Desta feita, se o sujeito passivo pretende haver pago tributo indevidamente, cabe a ele provar que tal ocorreu, o que não fez a recorrente no tocante aos supostos indébitos de pagamentos efetuados por seu substituto tributário.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10980.007326/00-81
Recurso nº : 129.805
Acórdão nº : 204-00.704

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 24 / 11 / 06
Maria Luzimari Novais
Mtd. Supl. 91611

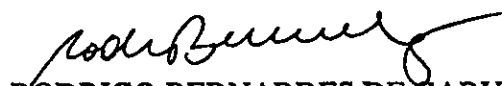
2ª CC-MF
Fl. _____

Esclareça-se, por oportuno, que a Lei 9.784/1999, aplica-se, apenas subsidiariamente ao Processo Administrativo Fiscal. Isto quer dizer que a aplicação restringe-se às lacunas do Decreto 70.235/1972, o que não é o caso ora tratado, vez que, consta expressamente do PAF a obrigação de o impugnante trazer aos autos as provas de suas alegações.

Diante disso, não há como reconhecer preditos créditos à recorrente.

Isto posto, não há como se reconhecer o suposto indébito reclamado pela recorrente na qualidade de substituída tributária. Quanto às receitas próprias, dou provimento parcial ao recurso voluntário para afastar a decadência e reconhecer a semestralidade, resguardado o direito da Fazenda Nacional de averiguar a liquidez e certeza dos créditos compensáveis.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2005.


RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO