



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 13056.000167/98-17
Recurso nº 143.127 Voluntário
Acórdão nº 2202-00.120 – 2^a Câmara / 2^a Turma Ordinária
Sessão de 08 de maio de 2009.
Materia PIS. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA
Recorrente BOX PRINT GRUPOGRAF LTDA
Recorrida DRJ PORTO ALEGRE

NORMAS PROCESSUAIS.ÔNUS DA PROVA.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo tributário, compete à parte ré a prova de circunstância impeditiva do exercício do direito do autor.

NORMAS PROCESSUAIS RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

Nas hipóteses de inconstitucionalidade, o prazo decadencial para se pedir a restituição de tributo pago indevidamente tem como termo inicial a data de publicação da Resolução do Senado Federal que extirpou do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da 2^a Câmara/2^a Turma Ordinária, da Segunda Seção de Julgamento do CARF: I) por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para afastar a decadência. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos (Relator), Marcos Tranches Ortíz e Nayra Bastos Manatta. Designado o conselheiro Rodrigo Bernardes de Carvalho para redigir o voto vencedor; e II) quanto o afastamento da prescrição, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

NAYRA BASTOS MANATTA

Presidente

RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ali Zraik Junior, Sílvia de Brito Oliveira, Alexandre Kern (Suplente) e Leonardo Siade Manzan.

Relatório

Em reunião de setembro de 2008, examinamos este recurso, concluindo pela necessidade de realização de diligência que definisse se ele era ou não tempestivo, conforme o relatório que fiz, à época:

Chega ao Colegiado recurso do contribuinte contra decisão proferida pela DRJ em Porto Alegre-RS que indeferiu pleito de restituição de direito creditório de PIS alegado pela empresa à fl. 01. Dois foram os argumentos: em primeiro lugar, ter-se-ia operado a decadência do direito do contribuinte à restituição dos pagamentos ocorridos entre fevereiro de 1992 e 06 de maio de 1993, porque o seu pleito foi formalizado no dia 06 de maio de 1998. Em segundo, o contribuinte não conseguiu comprovar que os recolhimentos eram mesmo indevidos porque não exibiu à fiscalização qualquer elemento que comprovasse as bases de cálculo a serem consideradas com espeque na Lei Complementar nº 07/70. A isso foi reiteradamente intimado. Assim, tudo que a empresa provou foram recolhimentos, mas não que estes seriam indevidos.

Nisso, a DRJ apenas corroborou entendimento já esposado em Despacho Decisório proferido pela DRF Novo Hamburgo. Apesar desse teor, o despacho decisório considerou homologada a compensação com débitos de Cofins que fora requerida na mesma data do pedido de restituição – 06 de maio de 1998 – tendo em vista que o despacho foi proferido mais de cinco anos depois – 02 de janeiro de 2007 –, no que deu aplicação aos artigos 49 da Lei 10.637/2002 e 17 da Lei 10.833/2003.

Mesmo assim, a empresa manifestou, junto à DRJ, sua contrariedade quanto ao não reconhecimento do direito creditório que entendeu não estaria fulminado pela decadência e poderia ser apurado “por meio de cálculo matemático, confrontando-se o importe de cada recolhimento efetuado com o do que seria de fato devido na respectiva ocasião, e que corresponde exatamente ao valor recolhido no sexto mês subsequente”.

Importante registrar que a manifestação de inconformidade foi conhecida apenas porque o montante do direito creditório alegado à fl. 01 – R\$ 26.832,30 – superava o do débito cuja compensação considerou-se homologada tacitamente – COFINS de abril 98, R\$ 7.685,50. Em outras palavras, o litígio prosseguiu apenas quanto à parcela excedente que deveria ser objeto de restituição em dinheiro caso inexistentes débitos que obrigassem a compensação de ofício.

No recurso ofertado, a empresa alega que o prazo decadencial, embora de cinco anos, somente começa a fluir após a homologação dos pagamentos efetuados (tese dos cinco mais cinco) pelo que não se teria operado em relação a nenhum dos períodos incluídos em seu pedido. Quanto à não comprovação das bases de cálculo, alega que não é por causa de alteração da base de cálculo que seus pagamentos seriam indevidos mas sim de “illegal alteração do prazo de recolhimento do tributo” (fl. 189), insistindo na possibilidade de sua determinação “por simples cálculo matemático, confrontando-se o importe de cada recolhimento efetuado com o do que seria de fato devido na respectiva ocasião, e que corresponde exatamente ao valor recolhido no sexto mês subsequente”, discorrendo, ainda, longamente sobre a semestralidade e sua aceitação pelo Poder Judiciário e pelo Conselho de Contribuintes.

Não há nos autos a data em que o recurso foi protocolado de modo a se verificar sua tempestividade.

A diligência restou cumprida pela unidade preparadora, que asseverou que o envelope de fl. 174 é o que continha o recurso em exame, que foi postado em 27 de julho de 2007. Com isso, há-de ser considerado tempestivo, visto que a ciência da decisão recorrida ocorreu em 29 de junho, segundo está indicado à fl. 173.

É o Relatório

Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

Aceita a informação, agora prestada pela unidade preparadora, de que o envelope juntado à fl. 174 é o que serviu para encaminhar o recurso em discussão, e de que a data nele apostada é a de sua postagem, que deve ser tomada como marco final para contagem do prazo recursal, o recurso deve ser considerado tempestivo. Registre-se que no envelope não existe qualquer identificação do remetente, somente do destinatário, o que nos impediu, à época, e na falta de afirmação nesse sentido por parte da autoridade preparadora, de considerar a data nele apostada como sendo a de postagem do recurso do contribuinte.

Passo, então, ao exame de suas alegações.

Como dito, a DRJ ratificou o entendimento da DRF de que o direito do contribuinte à restituição de qualquer recolhimento efetuado antes de 06 de maio de 1993 já se encontrava fulminado pela decadência quando postulado administrativamente. Para os recolhimentos posteriores, não atingidos pela decadência, considerou inexistir prova de que foram mesmo efetuados a maior do que a lei exigia, visto que a contribuinte não demonstrou qual seria a base de cálculo segundo a Lei Complementar nº 7/70, mesmo que para tanto tenha sido reiteradamente intimada.

Não divirjo de nenhum desses fundamentos. Com efeito, no que tange à decadência, não me douro à jurisprudência dominante na Casa que reconhece como marco inicial a Resolução nº 49 do Senado Federal. Para tanto, limito-me a repetir aqui as

MJQ 3

considerações abaixo, já tantas vezes expendidas. Saliento que o contribuinte postula a contagem do prazo na forma defendida inicialmente pelo STF – tese dos cinco mais cinco – com a qual também não concordo, com considerações que a seguir repito:

Tratando-se de pagamento indevido por força de decisão judicial acerca da lei que o exigia, discute ainda a doutrina quanto a se deve contar tal prazo da declaração de constitucionalidade ou atender-se à regra do art. 168, I do CTN.

Além desse ponto de vista, há os que ainda buscam se socorrer na tese esboçada em alguns julgados do STJ, mas que já vem sendo revista naquela mesma Corte, no sentido de que o prazo de decadência (ou prescrição) somente começa a fluir após a homologação, tácita ou expressa, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Hoje, tal tese já não comporta aplicação, por força da edição da Lei Complementar nº 118/2005, que é enfática em seu art. 3º; veja-se:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Assim, dúvida não cabe mais de que, enquadrando-se a situação do contribuinte na hipótese do art. 168, I, o início do prazo inquestionavelmente se dá com cada pagamento indevido praticado. Nesse ponto, vale a ênfase de que assim caracterizado, não faz diferença encará-lo como prescrição ou decadência. Explico-me. É que ambos os prazos são de cinco anos e se contam do mesmo marco inicial. A diferença residiria apenas na possibilidade de suspensão ou interrupção de sua contagem, existente se de prescrição, ausente se de decadência. Ora, no presente caso, nenhuma das hipóteses de suspensão ou de interrupção se aplica, de tal modo que, mesmo se se considerar como prescricional, o prazo se encerra definitivamente ao cabo de cinco anos contados do pagamento indevido.

Nesses termos, cumpre apenas examinar a possibilidade de a contagem do prazo se iniciar com a declaração de inconstitucionalidade. A essa tese também não adiro. É que, colocada nesses termos, a restituição simplesmente não tem prazo. Explico-me: desde que se respeite o limite para ingressar com o pedido, valores pagos indevidamente pelo mesmo motivo, em qualquer data anterior, são ainda passíveis de restituição. Esse absurdo, que fere de morte o princípio constitucional da segurança jurídica, se revela ainda mais crítico no tocante à declaração de inconstitucionalidade de lei; veja-se, por exemplo, o caso dos decretos-leis 2.445/88 e 2.449/88: aplicada a tese, assegura-se a restituição de pagamentos feitos em 1988, desde que pleiteados mais de doze anos depois (outubro de 2000). E

MK

JL 4

não há limite: se a declaração ocorrer 30 anos, 40 anos depois, durante todo esse lapso de tempo (acrescido de mais cinco) se poderá reaver os “pagamentos indevidos”. Absurdo total.

Ora o que se pretende deferir ao contribuinte não é tudo o que foi pago a maior, mas aquilo que ainda não esteja decaido pelo prazo fixado na lei. E a Lei aqui é sem sobra de dúvida a de nº 5.172/66 – Código Tributário Nacional. O seu artigo 168 fixa esse prazo em cinco anos; não há outro prazo a ser considerado. Somente muda o termo inicial de sua contagem segundo a razão da inconsistência da cobrança. Veja-se:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Observa-se que somente não se conta o prazo da data da extinção do crédito tributário (inciso I), quando a restituição decorre de decisão, administrativa ou judicial, anulatória, revogatória, ou rescisória de decisão anterior (inciso II). Não há outra regra. No presente caso, qual a decisão anterior que está sendo revogada, rescindida ou anulada pela decisão do STF? Nenhuma. O direito de restituição nasce do pagamento indevido praticado, ainda que essa caracterização somente seja declarada por meio da decisão do STF.

Diz-se, com certa insistência, que a aplicação aqui postulada inviabiliza o direito do sujeito passivo que tenha recolhido a contribuição em consonância com a legislação que vem, depois, a ser declarada inconstitucional. Mesmo esse argumento não me seduz.

É que aqui também tem aplicação o brocardo latino segundo o qual o direito não socorre aos que dormem. Assim, se qualquer sujeito passivo de tributo considera inválida norma que lhe agrava exigência, dela deve discordar perante o Poder constitucionalmente competente. E nada impede que o faça no dia seguinte ao de edição do ato; ainda quando se demora, têm os Tribunais deferido a restituição a partir do quinto ano anterior ao do ingresso da petição administrativa.

Nesses termos, caberia ao contribuinte que pretendesse receber as parcelas recolhidas a maior, primeiro obter um provimento jurisdicional autorizativo. O que é absurdo é que nada faça e se queira beneficiar de decisão posteriormente proferida, em ação de que não é parte, para obter a restituição de forma mais ampla até do que aqueles que foram ao Judiciário.

MH

 5

Além do mais, a regra que se questiona (termo a quo contado da publicação da Resolução do Senado) não consta em nenhum ato legal. Ora, é cediço que não cabe ao intérprete da norma “inventar” uma que supra a eventual lacuna legal. Quer-se com isso dizer que não é porque a Lei não estipule expressamente uma regra de contagem para os casos de declaração de inconstitucionalidade de lei que deva o intérprete (ainda que seja o Juiz) estabelecer norma nova, não presente no ordenamento. Não: cumpre-lhe interpretar esse ordenamento de forma integrada para dele extrair o comando que se aplica ao caso concreto, utilizando-se, para tanto, de todos os recursos da hermenêutica.

Com esses argumentos, repilo, como tenho feito sistematicamente, as teses dos cinco mais cinco, bem como da data inicial do prazo ser a da declaração de inconstitucionalidade do ato e considero decaído direito à restituição dos períodos cujos recolhimentos tenham ocorrido há mais de cinco antes do pedido administrativo.

No presente caso, isso atinge os recolhimentos ocorridos até 06 de maio de 1993, uma vez que o pedido administrativo deu entrada em 06 de maio de 1998.

Com respeito aos demais, tampouco divirjo do pronunciamento da unidade de piso. Com efeito, o único fato provado pela contribuinte acerca dos seus recolhimentos é a sua existência. Não há nenhum elemento que prove terem sido eles feitos em excesso porque simplesmente não se tem como apurar quais seriam os valores corretos.

Para elaborar tais cálculos precisava a autoridade administrativa das bases de cálculo aplicáveis, a serem obtidas dos livros contábeis e/ou fiscais do contribuinte, mas ele não os exibiu mesmo depois de repetidamente instado.

Não considero válida a postulação do contribuinte para que se apure o montante devido por “mero cálculo matemático confrontando-se o importe de cada recolhimento efetuado com o do que seria de fato devido na respectiva ocasião, e que corresponde exatamente ao valor recolhido no sexto mês subsequente”.

E a razão é óbvia: sua premissa de que o “valor devido corresponde exatamente ao valor recolhido no sexto mês subsequente” não pode ser aceita. Exatamente porque ela impõe que se considere correto o valor recolhido, quando é precisamente essa correção que se quer verificar. Em outras palavras, o contribuinte afirma que o valor que foi recolhido, por exemplo, em fevereiro – correspondente à competência janeiro – somente deveria ter sido em julho. Quanto a isso, não há mais dúvida. Mas há, sim, dúvida se o valor recolhido em fevereiro foi mesmo integral. E só se pode apurar isso confrontando-o com a escrita.

E que o ônus dessa prova caberia à recorrente, no-lo diz o art. 333 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo administrativo :

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.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

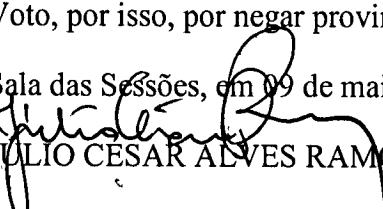
I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. -apode ter recolhido a contribuição de um mês no mês seguinte, quanto deveria

Com essas considerações, nada há, em meu entender, a alterar na decisão atacada, que somente reconheceu a homologação efetuada em virtude da demora no julgamento, que ocasionou sua homologação tácita nos termos da Lei nº 10.833.

Voto, por isso, por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 09 de maio de 2009.


JULIO CESAR ALVES RAMOS

Voto Vencedor

Conselheiro Rodrigo Bernardes de Carvalho, relator designado.

Minha divergência em relação ao acórdão recorrido reside no termo de início e prazo decadencial para a contribuinte requerer a repetição de indébito de tributo declarado constitucional pelo Supremo.

Isto porque, a teor do art. 52, X da Constituição Federal, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução de lei declarada constitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

In casu, a suspensão ocorreu em 09 de outubro de 1995 com a publicação da Resolução n.º 49, quando foram conferidos efeitos erga omnes à decisão proferida inter partes em controle difuso de constitucionalidade, para finalmente afastar do mundo jurídico os Decretos nºs 2.445 e 2.449/95, de 1988 que regulamentavam a cobrança da contribuição para o PIS.

Portanto, sob minha ótica, somente com a publicação desta Resolução, a constitucionalidade do PIS ganhou notoriedade, abrindo espaço para quem o pagou requerer sua restituição.

Essa posição vem prevalecendo no âmbito da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Confira:

*PIS – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO –
DECADÊNCIA – Cabível o pleito de restituição/compenção de
valores recolhidos a maior a título de Contribuição para o PIS,
nos moldes dos constitucionais 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/Senado Federal.

Recurso especial negado. (CSRF/02-02.841; Relator: Dalton César Cordeiro de Miranda.)

Com efeito, depreende-se que 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 constitucional pelo Eg. STF, ou seja, em 10 de outubro de 1995. Portanto, considera-se o dia 10 de outubro de 2000 o último dia para se pedir a repetição do indébito para os contribuintes que se encontrem nesta situação.

Assim, como a protocolo do pedido de restituição foi feito em 06 de maio de 1998, afasto a decadência para todo o período pleiteado.

Isto posto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de maio de 2009.



RODRIGO BERNARDES DE CARVALHO