



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

Processo nº 13884.000919/2002-17
Recurso nº 138.464 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.016 – 3ª Turma Especial
Sessão de 06 de julho de 2009
Matéria COFINS E PIS - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente CONTABILIDADE CAMPOS ARRUDA S/C LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 19/11/1993 a 30/11/1998

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.

O processo administrativo fiscal não é foro hábil para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário (Súmula 2º CC nº 2)

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA O PEDIDO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Toca ao requerente a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 19/11/1993 a 30/11/1998

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DIREITO À REPETIÇÃO DO INDÉBITO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

É de cinco anos, contados a partir da data do pagamento antecipado, o prazo para pleitear a repetição de indébito relativo a tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da **TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


ALEXANDRE KERN
Presidente e Relator

Participaram ainda do presente julgamento os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Ivan Allegretti, Hélcio Lafetá Reis e Daniel Maurício Fedato.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Henrique Martins de Lima.

Relatório

Trata-se do pedido de restituição (fls. 01), protocolizado em 18/03/2002, no valor de R\$ 904,04 (planilhas de fls. 27 a 32) cumulado com Declaração de Compensação (fls. 188, 20/03/2003, processo 13884.004180/2003-21; PER/DCOMP nº 32615.618811.300104.1.3.04-7575, de 30/01/2004, fls. 168 a 171 e nº 04354.22535.240504.1.3.04-9269, de 24/05/2004, fls. 172 a 175) Em Despacho Decisório de fls. 187, datado de 02/02/2006, fundamentado no Parecer Saort nº 13884.076/2006, a DRF São José dos Campos/SP, não reconheceu o direito creditório, indeferiu o pedido de restituição e não homologou as compensações, tendo em conta a decadência, a falta de comprovação do indébito tributário, e a não caracterização da denúncia espontânea no pagamento em atraso com a incidência de multa e juros moratórios.

Sobreveio reclamação, fls. 210 a 237. A DRJ-CPS/2ª Turma houve por bem em afastar as preliminares de nulidade arguidas para, no mérito, julgar a Manifestação de Inconformidade improcedente, em face do implemento do “prazo decadencial” para o reconhecimento administrativo de débitos tributários ocorridos anteriormente a 18/03/1997, e, no que diz respeito a outros 2 (dois) pagamentos feitos após essa data, pretensamente indevidos porque não incidiriam multa e juros de mora sobre recolhimentos espontâneos, abrigados pelo art. 138 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional - CTN, em razão da falta de provas e do que dispõem os arts. 59 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991; 84 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995, e ; 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. O Acórdão nº 05-14.944, de 26 de outubro de 2006, fls. 270 a 281, teve ementa vazada nos seguintes termos:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 19/11/1993 a 30/11/1998 Decadência. Indébito Tributário. Pedido de Restituição.

O direito de pleitear o reconhecimento do indébito tributário, para fins de fundamentação do direito à restituição ou à compensação, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento indevido.

Indébito Tributário. Multa de Mora. Denúncia Espontânea.

Não resta caracterizada a denúncia espontânea, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, recolhidos fora do prazo de vencimento.



*Assunto: Processo Administrativo Fiscal Período de apuração:
19/11/1993 a 30/11/1998 Indébito Tributário. Ônus da Prova.*

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.

Rest/Ress. Indeferido – Comp. não homologada”.

Cuida-se agora de recurso voluntário (fls. 286 a 313) interposto pelo requerente contra a recém referida decisão da DRJ/CPS, que, após resumo dos fatos relacionados, controverte as seguintes questões:

- a) A possibilidade de, em sede de julgamento administrativo, negar-se vigência a leis em face de sua inconstitucionalidade;
- b) O prazo prescricional de 10 (dez) anos para a repetição de indébitos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação;
- c) A ilegalidade da norma do art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 9 de junho de 2005;
- d) A não-incidência de multa, nem de juros de mora, quando o contribuinte efetua recolhimentos em atraso, mas antes de qualquer procedimento fiscal;
- e) A correção monetária do crédito pleiteado;
- f) O direito subjetivo à compensação dos créditos, nos termos dos arts. 165 e 1701 do CTN; art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, e; art. 49 da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002.
- g) A inércia da autoridade revisora em produzir as provas que julgasse suficiente quando, em caso de dúvida, deveria diligenciar ao estabelecimento do recorrente com este fim;

O recorrente discorre ainda sobre os princípios regentes do processo administrativo federal, consubstanciados na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, reclamando contra o descumprimento de todos os preceitos legais por parte da Administração, referindo-se à lacuna temporal existente entre a conclusão da instrução do presente processo e sua decisão, que superou o trintídeo preconizado no art. 49 da Lei nº 9.784, de 1999. Conclui que se acha preclusa a possibilidade de a Administração decidir o feito, “...requerendo de plano a procedência do pleito compensatório, visto a existência dos créditos devidamente reconhecidos pela Secretaria da Receita Federal.” (fl. 106).

Conclui, requerendo provimento integral do recurso voluntário para reforma da decisão de piso, com a consequente homologação das compensações declaradas.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE KERN, Relator

Presentes os pressupostos recursais, a petição de fls. 286 a 313 merece ser conhecida como recurso voluntário contra o Acórdão DRJ-CPS nº 05-14.944, de 23 de outubro de 2006, fls. 270 a 281.

Negativa de vigência de leis regularmente inseridas no ordenamento jurídico por considerações de ilegalidade e inconstitucionalidade

A proposição do recorrente, no sentido de que “É possível à autoridade administrativa afastar a aplicabilidade de uma lei, em função de sua inconstitucionalidade, uma vez que a Constituição Federal é a norma mais importante do ordenamento...” (fl. 288) não prosperará. A questão já está pacificada, em entendimento plasmado na Súmula nº 2 do Segundo Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, abaixo transcrita:

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária”.

Prazo para pleitear restituição de indébitos tributários

O prazo para pleitear a restituição de pagamento indevido é tratado no art. 168 do CTN, que assim estabelece:

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

I - nas hipótese 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.”

Ora, da literalidade das disposições acima transcritas infere-se que o prazo de decadência em questão é quinquenal e seu termo inicial é a data da extinção do crédito tributário.

A polêmica incitada pela peça recursal diz respeito então ao marco temporal dessa extinção, defendido pela recorrente como sendo o momento em que se resolve a condição referida no art. 150, § 1º, acima transcrito, pela homologação do lançamento. Sendo assim, na hipótese de homologação tácita, esse marco temporal ocorreria no quinto ano do fato gerador correspondente ao pagamento efetuado, em consonância com o § 4º desse mesmo art. 150.

Para fixar o termo inicial do prazo em questão, o art. 168 do CTN diferenciou apenas hipóteses de indébito tributário, não fazendo distinção entre extinção do crédito

tributário sem condição e sob condição. Ocorre, porém, que, ao tratar da extinção do crédito tributário, o art. 156 desse mesmo Código estabeleceu, *ipsis litteris*:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

(...)”.

Observe-se, pois, que o art. 156 do CTN, em seus incisos I e VII, caracterizou e bem diferenciou o mero pagamento, concernente aos tributos em geral, e o pagamento antecipado, intrinsecamente relacionado aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, para definir o momento em que ocorre a extinção do crédito tributário.

Ora, na redação do referido inc. VII, utilizou-se do conectivo “e” para afirmar a necessidade de concorrência de duas condições para se operar a extinção do crédito tributário na hipótese de lançamento por homologação, quais sejam, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento.

Destarte, à luz apenas dessas disposições do CTN, se poderia dizer que assiste razão à recorrente relativamente à defesa do prazo decenal, contado a partir do fato gerador, para repetição de indébito sujeito ao lançamento por homologação, na hipótese em que tratar-se de homologação tácita. Entretanto, não se pode olvidar que a Lei Complementar nº 118, de 2005, estabeleceu que a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado, conforme dicção do seu art. 3º, que assim dispõe:

“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.”

Cabe então enfrentar a razão recursal relativa a inaplicabilidade da Lei Complementar nº 118, de 2005, à hipótese destes autos, por tratar-se de pedido formulado antes do seu advento. Sobre isso, convém focalizar a cláusula de vigência desse mesmo diploma legal assim formulada no seu art. 4º que prescreve:

“Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

Ora, o art. 106, inc. I, do CTN trata exatamente da aplicação retroativa de lei, com a seguinte dicção:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

(...)”.

Quanto às aduções de ilegalidade da Lei Complementar nº 118, de 2005, não cabe ao órgão julgador administrativo exercer o controle de constitucionalidade das leis, que é atividade exclusiva do Poder Judiciário, devendo o Poder Executivo, em face da estrita vinculação legal de sua atividade, aplicar as leis vigentes enquanto não afastadas do ordenamento jurídico pelo Poder competente.

No caso concreto, tratando-se de pedido protocolado em 18/03/2002, o direito em questão já havia prescrito, relativamente aos pagamentos indevidos ou a maior efetuados antes de 18/03/1997.

Remanesce contudo a discussão sobre a possibilidade de repetição de valores que o recorrente entende disponíveis para restituição, todos referentes a multa de mora e juros de mora acrescidos em (cinco) pagamentos, efetuados posteriormente a essa data (folhas 29 e 32).

Ônus da prova

A Autoridade Tributária de jurisdição, à fl. 180, considerou que o interessado não demonstrou claramente os motivos dos indébitos apontados (fls. 179 e 180):

“O interessado cita diversas normas e inúmeros recolhimentos, mas em nenhum momento informa o motivo em que se baseia para afirmar a existência dos indébitos.”

Detectou ainda que, nas planilhas de fls. 27 a 32, os valores considerados indevidos são identificados na coluna “Valor Disponível”, concluindo, em face da ausência de qualquer memória de cálculo que embasassem a determinação dos valores citados e das próprias alegações do interessado, que essas informações haviam sido obtidas em pesquisas nos sistemas de processamento da SRF. A propósito, a Autoridade Fiscal transcreve excerto ilustrativo:

“Todo o trabalho encontra robustez e certeza em relatório emanado pela própria Receita Federal que afirma que os valores identificados encontram-se disponíveis à Requerente, bastando apenas verificar on-line no Serviço de Apoio de Atendimento ao Contribuinte – Relação de Pagamentos efetuados.” (fl. 7)

O “esquema” intentado pelo requerente, ora recorrente, é conhecido. Após ter acesso a relatórios do sistema ContacorPJ, o contribuinte, por astúcia ou inocência, apressa-se em pleitear a restituição de todos os pagamentos que se encontrem pendentes de vinculação a débitos, sob o fundamento de que os mesmos encontram-se “disponíveis”, conforme o infeliz jargão utilizado no sistema de arrecadação da SRF. Fundamento frágil, aliás, fragilíssimo, como bem demonstrou o acórdão recorrido.

A par desses demonstrativos de folhas 27 a 32, que nada demonstram em termos de recolhimento indevido, não há, nos autos, qualquer prova do alegado direito creditório, ônus que cabia ao requerente, segundo o sistema de distribuição da carga probatória

adotado pelo Processo Administrativo Federal: o ônus de provar a veracidade do que afirma é do interessado, segundo o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, art. 36:

“Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.”

(CPC):
No mesmo sentido o art. 333 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

[...].”

Em sede de prova, nada alegar e alegar, mas não provar o alegado se equivalem (*allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*). Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Allegare nihil et allegatum non probare paria sunt — nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais.(HABEAS CORPUS Nº 1.171-0 — RJ, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 4, (39): 211-276, novembro 1992, p. 217)”.

Alegar e não provar significa, juridicamente, não dizer nada.(INTERVENÇÃO FEDERAL Nº 8-3 — PR, R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 7, (66): 93-116, fevereiro 1995. 99)

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA – NEGATIVA DE REGISTRO – TRIBUNAL DE CONTAS – ATOS ADMINISTRATIVOS NÃO COMPROVADOS – ART. 333, INCISO II, DO CPC – PAGAMENTO DOS PROVENTOS DE NOVEMBRO/96 E DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO DAQUELE MESMO ANO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULAS 269 E 271 DA SUPREMA CORTE – 1. O ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do Código de Processo Civil). Incumbe às Secretarias de Educação e da Fazenda a demonstração de que a professora havia sido notificada da suspensão de sua aposentadoria. 2. Não cabe em mandado de segurança para cobrança de proventos não recebidos, a teor das súmulas 269 e 271 da Suprema Corte. 3. Recurso parcialmente provido. (STJ – ROMS 9685 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 20.08.2001 – p. 00538)JCPC.333 JCPC.333.II

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – VERBAS INDENIZATÓRIAS – FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO – NÃO INCIDÊNCIA – COMPENSAÇÃO – AJUSTE ANUAL – ÔNUS DA PROVA – O ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Cabe ao contribuinte comprovar a ocorrência de retenção na fonte do imposto de renda incidente sobre verbas indenizatórias e à Fazenda Nacional incumbe a prova de eventual

compensação do imposto de renda retido na fonte no ajuste anual da declaração de rendimentos. Recurso provido. (STJ – REsp 229118 – DF – 1ª T. – Rel. Min. Garcia Vieira – DJU 07.02.2000 – p. 132)

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO – IMPRESCINDIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – 1. Imprescindível a notificação regular ao contribuinte do imposto devido. 2. Incumbe ao embargado, réu no processo incidente de embargos à execução, a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp 237.009 – (1999/0099660-7) – SP – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 27.05.2002 – p. 147)

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – IRPF – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – VERBAS INDENIZATÓRIAS – RETENÇÃO NA FONTE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL CONFIGURADA – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA – SÚMULA 13/STJ – PRECEDENTES – Cabe ao autor provar que houve a retenção do imposto de renda na fonte, por isso que é fato constitutivo do seu direito; ao réu competia a prova de eventual compensação na declaração anual de rendimentos dos recorrentes, do imposto de renda retido na fonte, fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor – Incidência da Súmula 13 STJ – Recurso especial conhecido pela letra a e provido. (STJ – RESP 232729 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Francisco Peçanha Martins – DJU 18.02.2002 – p. 00294)”.
.*

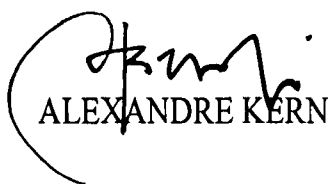
Ainda, a propósito do dever da administração de diligenciar as provas que julgasse necessárias para apreciar o pleito, em face da insatisfatória instrução do próprio interessado, enfatizo o enforço empreendido no Parecer Saort nº 13884.076/2006, fls. 176 a 186, na tentativa de “adivinhar” os fundamentos do pedido de fl. 1.

O acórdão da DRJ/CPS merece confirmação também no que diz respeito ao tratamento dado à prejudicial de preclusão do direito da Administração de decidir o presente caso concreto. Diante da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do crédito tributário, não seria admissível que eventual inércia dispensasse a Administração de poder-dever de decidir e automaticamente convertesse o pagamento de tributo em indébito tributário, prescindindo-se das provas cabíveis. Diga-se de passagem que pleitos como o do presente caso concreto explicam o acúmulo de processos nas repartições fiscais e justificam a demora da sua apreciação.

Conclusões

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 06 de julho de 2009.


ALEXANDRE KERN