



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10665.000529/2007-48
Recurso Embargos
Acórdão nº 3402-007.285 – 3ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de janeiro de 2020
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado MBL MATERIAIS BÁSICOS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OBSCURIDADE. .
AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NO RESULTADO DO JULGAMENTO**

Verificado o vício no acórdão embargado, visando suprir obscuridade quanto a legislação aplicada para fundamentar o voto, acolhem-se os embargos de declaração para o fim de sanar o vício apontado, sem efeitos infringentes.

Embargos Acolhidos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração para sanar obscuridades quanto à legislação utilizada para fundamentar as conclusões constantes no acórdão nº 3402-006.143, sem efeitos infringentes. As Conselheiras Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne e Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada) acompanharam o relator pelas conclusões.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Mineiro Fernandes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Rodrigo Mineiro Fernandes (presidente), Sílvio Rennan do Nascimento Almeida, Maria Aparecida Martins de Paula, Márcio Robson Costa (Suplente Convocado), Maysa de Sá Pittondo Deligne, Pedro Sousa Bispo, Cynthia Elena de Campos e Sabrina Coutinho Barbosa (suplente convocada). Ausente a conselheira Thais De Laurentiis Galkowicz.

Relatório

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 3402-006.143, de 31 de janeiro de 2019, que foram admitidos para que este Colegiado sanei suposto vício de obscuridade no tocante à invocação do art.219 do CPC e art.168, inciso II, do CTN.

Para melhor esclarecer os fatos envolvidos, adoto o Relatório do acórdão da DRJ com os devidos acréscimos:

A contribuinte aqui identificada requereu em 30/08/2007 junto à Delegacia da Receita Federal em Divinópolis/MG, a compensação de valores recolhidos a título de Cofins nos períodos de apuração de 01/01/1999 a 30/06/2002, alegando ganho judicial em processo no qual questionou a alteração da base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718, de 1998 (documentos de fls. 01/92). Para uso do mesmo crédito, também transmitiu as Dcomp de fls. 187/241.

A DRF Divinópolis, por intermédio do Despacho Decisório de 04/09/2008, às fls. 274/275, a par de ratificar entendimento da própria contribuinte de que o pedido não está amparado por medida judicial, deferiu parcialmente o pedido nos seguintes termos:

- em relação à parte dos pagamentos (anteriores a cinco anos da data da declaração de compensação), o direito de pleitear a compensação já estava prescrito;

- em relação aos demais pagamentos (não prescritos), apurou-se crédito menor do que o reclamado, em virtude de a contribuinte não haver considerado, na base de cálculo, os faturamentos relativos à receita com aluguel e venda de sucatas e óleo queimado (conta Rendas Diversas). Em seqüência, homologou-se parcialmente as compensações, considerando o crédito de cada recolhimento, apurado conforme planilhas de fls. 265/272.

Cientificada da decisão em 17/09/2008 (fl. 275v), a contribuinte manifestou sua inconformidade em 17/10/2008 (fls. 276/284), alegando, em síntese:

- em vista da decisão transitada em julgado que afastou a incidência das contribuições sobre a parcela de receitas que não corresponda ao faturamento, resta evidente que os valores dos recolhimentos sobre tais parcelas são classificados como “pagamento indevido de tributos administrados pela SRF”, e assim considerando-se o disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, manifesta-se o seu direito de compensar tais valores;

- cita o § 10 do art. 26 da Instrução Normativa nº 600/05 para inferir que, se ao contribuinte que tenha apresentado pedido de restituição à SRF antes do transcurso do referido prazo (cinco anos), é deferida a possibilidade de apresentar a Declaração de Compensação, obviamente que se o mesmo comprovar que estava discutindo judicialmente a questão da incidência tributária, através de Mandado de Segurança, e o trânsito em julgado somente ter ocorrido em 2006, também poderá apresentar tal Declaração;

- cita, ainda, o parágrafo único do art. 219 do CPC, esposando o entendimento de que o início de ação judicial interrompe o prazo prescricional para a restituição dos valores indevidamente recolhidos;

- como os valores indevidamente recolhidos foram reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, e os recolhimentos foram efetuados após a impetração do Mandado de Segurança, tem a Requerente assegurado o direito à sua compensação, citando jurisprudência do Conselho de Contribuintes;

- sobre as glosas procedidas pela DRF na apuração do crédito, alega que o Mandado de Segurança impetrado garantiu-lhe o direito de que a Cofins incidisse

apenas sobre o Faturamento e não sobre a Receita Bruta. Assim, as receitas não-operacionais não seriam incluídas na base de cálculo da Cofins;

- a requerente possui imóveis em seu patrimônio, mas não tem por objeto social a locação de imóveis. Assim, as receitas decorrentes dos alugueis são não-operacionais, devendo as mesmas ser excluídas da base de cálculo da Cofins;

- a requerente possui ainda Sucatas, que são materiais utilizados em suas instalações e equipamento, e que, após desgastados deixam de ter utilidade para a requerente e são descartados. Esta sucata é revendida, mas por não fazer parte da atividade da Requerente, a receita obtida nesta operação também não é receita operacional;

- com relação ao óleo queimado, a Requerente informa que possui máquinas e caminhões, e quando da troca do óleo dos mesmos, este material é armazenado e posteriormente vendido para empresa autorizada pela Agência Nacional do Petróleo, para reciclagem evitando danos ao meio ambiente.

. a presente defesa alcança as declarações de compensação, que devem permanecer com exigibilidade suspensa na forma preconizada no § 11 do art. 74 da Lei 9.430/96, cumulado com o artigo 151 do CTN, até decisão final do presente processo.

Ato contínuo, a DRJ-BELO HORIZONTE (MG) julgou a Manifestação de Inconformidade do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

COMPENSAÇÃO.COFINS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Solicitação Indeferida.

Em seguida, devidamente notificada, a Recorrente interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Em seu Recurso Voluntário, a Empresa se insurgiu apenas quanto a dois pontos relacionados ao mérito, a saber:

a) Não homologação das compensações realizadas com créditos anteriores à 5 (cinco) anos; e

b) Homologação parcial das compensações realizadas por meio de Per/dcomp cujos créditos são advindos da receita com aluguel e venda de sucatas e óleo queimado.

Na análise do recurso, essa Colenda Turma decidiu, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para: (i) afastar o fundamento original do despacho decisório para considerar não prescrito o direito ao crédito relacionado aos pagamentos realizados entre 19/05/1999 e 15/07/2002; e (ii) determinar que a autoridade fiscal de origem apure, por meio de novo despacho decisório, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo sujeito passivo quanto a este período (19/05/1999 e 15/07/2002).

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

Sendo a Recorrente parte beneficiária de mandado de segurança preventivo que visou afastar o pagamento da COFINS pelo alargamento da base de cálculo prevista no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, é interrompido o prazo prescricional para restituir/compensar de valores pagos a maior durante o andamento do processo até o trânsito em julgado do provimento favorável, começando o prazo de prescrição a fluir a partir daí, e encerrando-se com o decurso de 5 anos, nos termos do art. 168, inciso II, do CTN e art. 219 do CPC.

COMPENSAÇÃO. COFINS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Aguardando Nova Decisão

O processo foi encaminhado à PGFN para ciência em 21/06/2018 que opôs Embargos de Declaração alegando que houve suposta obscuridade no tocante à invocação do art. 219 do CPC e art. 168, inciso II, do CTN.

Na forma regimental, o Presidente da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara admitiu o presente recurso e determinou que o processo fosse a mim redistribuído para, em seguida, colocar em pauta e deliberação do Colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo, Relator.

Os Embargos de Declaração são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos por este Colegiado.

Como se sabe, nos termos do art. 65 do RICARF, cabem os Embargos de Declaração quando o Acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a Turma. Servem, ainda, os Embargos para corrigir eventuais erros materiais. Sua função principal é sanar esses vícios da decisão, não se trata de recurso que tenha por fim reformá-la ou anulá-la (embora o acolhimento dos embargos possa eventualmente resultar na sua modificação), mas aclará-la e sanar as suas obscuridades, contradições, omissões ou erros materiais.

No caso concreto, a Embargante (Fazenda Nacional) sustenta que o Acórdão embargado padece do vício de obscuridade no tocante à invocação do art. 219 do CPC e art. 168, inciso II, do CTN.

Segundo o advogado público, o v. acórdão, ora embargado, valeu-se para sua fundamentação de um dispositivo que já se encontrava revogado, a saber, o artigo 219 do CPC/73 (Código Buzaid), devendo ser sanada a obscuridade.

Entendo que em vista do art. 14 do CPC/2015, que determina que “a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma

revogada”, a referida obscuridade relativa a utilização de norma revogada deve ser sanada, a fim de indicar a legislação vigente à época.

Assim, a fim de sanar a obscuridade suscitada pela procuradoria, informa-se que o dispositivo legal equivalente, constante no Novo Código de Processo Civil de 2015, que trata da mesma matéria, é o §2º do art.240, *in verbis*:

Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º.

§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

(negritos nossos)

Onde constar no acórdão o art.219 do CPC/1973, substitui-se pelo § 2º do art.240 do CPC/2015.

Dessa forma, uma vez ajuizada a demanda, se posteriormente o sujeito obtém a segurança em caráter definitivo para afastar a relação tributária decorrente do dispositivo legal questionado, todos os valores pagos indevidamente no transcorrer da ação geram um indébito passível de restituição/compensação, que tem o seu prazo prescricional interrompido, até que ocorra o trânsito em julgado da decisão.

Esse é o mesmo entendimento da PGFN, expresso no Parecer PGFN/CRJ nº19/2011, conforme denota o trecho abaixo transcrito:

(...)

60. Nesse contexto, conclui-se que a sentença proferida em sede de mandado de segurança se sujeita a dois regramentos: a) como o *writ* alcança somente as prestações atuais e futuras, gozam os consectários entre a data da impetração e do efetivo cumprimento da ordem de força mandamental e de eficácia executiva (no caso de não cumprimento da ordem – art. 461 do CPC), podendo tais valores, em consequência, ser objeto de compensação tributária (Súmula nº 213 do STJ) e b) inviabilidade da cobrança, por meio de mandado de segurança, dos valores referentes às parcelas pretéritas ao ajuizamento do *writ* e, portanto, impossibilidade de compensação de tais créditos, devendo ser ajuizada nova ação (repetição de indébito) à satisfação dos créditos pretéritos (Súmulas nº 269 e 271 do STF).

Das conclusões tecidas por esta Procuradoria-Geral

61. Diante das considerações delineadas, constata-se que a força executiva da sentença decorre da natureza e do conteúdo da decisão, independentemente da denominação a ela atribuída, de tal maneira que gozará de eficácia executiva e, portanto, poderá ser objeto de compensação toda sentença tributária que, ao reconhecer a existência/inexistência de relação jurídico-tributária, contiver, mesmo que implicitamente, os elementos identificadores da obrigação devida (sujeitos, prestação e exigibilidade).

62. Destarte, no campo tributário, além das ações condenatórias, gozam de eficácia executiva as sentenças de procedência das ações declaratórias e mandamentais ajuizadas após ocorrida a violação ao direito (no caso, o recolhimento indevido da exação pelo

Fisco), cujo objeto limita-se a impedir a constituição de determinado crédito tributário futuro, na medida em que o direito à satisfação do crédito (restituição via precatório ou compensação) figura como consectário lógico das ações de tal natureza e não necessita vir expresso na sentença ou no pedido da ação. (Observar as peculiaridades da ação mandamental listadas nos itens 51 a 60 deste Parecer).

63. Nesse diapasão, em resposta à consulta formulada na Nota Técnica COSIT nº 18, de 2010, a certificação expressa, na sentença judicial, de direito creditório do contribuinte e da obrigação exigível correspondente (exemplo, sentença que expressamente certifica o direito creditório do autor e defere, também de modo expresso, o pedido de compensação formulado na exordial), não é condição indispensável para se atribuir executividade ao julgado.

64. Pelo exposto, responde-se positivamente à pergunta formulada pela Disit/SRRF10, transcrita no item 37 da Nota Técnica COSIT nº 18, de 2010, acerca da “possibilidade de serem homologadas compensações (DCOMP) (...), com base em decisões judiciais transitadas em julgado, quando não tenha sido objeto da ação judicial respectiva a existência de direito creditório em favor do sujeito passivo ou quando não haja, na decisão judicial, disposição expressa autorizando a compensação (...)”.

No tocante a outra obscuridade suscitada, referente a utilização do inciso II do art.168, do CTN para o prazo de que o contribuinte dispõe para a pleitear a compensação do indébito, reproduzem-se as considerações da Procuradoria a obscuridade identificada:

O v. acórdão ora embargado para firmar seu convencimento, invoca o artigo 168, inciso II do CTN, que reza, litteris:

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; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

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.** (Grifo do acórdão)

Daí, surge a obscuridade, pois o artigo 168, inciso II do CTN fala sobre: PENDÊNCIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA ou de DECISÃO JUDICIAL CONDENATÓRIA.

Ora, no caso não existiu nenhuma destas 2 (duas) hipóteses, eis que o v. acórdão ora embargado fala apenas da existência de um MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, o qual, como é cediço, não traz nenhum provimento judicial CONDENATÓRIO.

De fato, aquelas hipóteses do inciso II do art. 165, a que se refere o inciso II do art.168, do CTN, dizem respeito à pagamento indevido, surgido supervenientemente, pois era exigível quando foi realizado, mas perdeu seu substrato jurídico com a reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão que o impusera.

Ricardo Alexandre¹ esclarece em quais situações é possível ocorrer a situação descrita no referido dispositivo:

O art. 168, II, do CTN prevê que o prazo para pleitear a restituição será de cinco anos 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".

¹ Alexandre, Ricardo. Direito tributário I - 11. ed. rev. atual. e amp1. - Salvador - Ed. JusPodivm, 2017. págs.518 e 519

Trata-se de caso em que o sujeito passivo pagou o montante exigido pelo Fisco, após a prolação de uma decisão condenatória que posteriormente veio a ser modificada.

É muito improvável que se verifique a situação prevista no dispositivo em caso de litígio administrativo, pois como as reclamações e recursos no âmbito do processo administrativo têm efeito suspensivo, não parece razoável que o sujeito passivo faça o pagamento após uma decisão não definitiva e contra ela ofereça recurso. Se optar pelo pagamento, provavelmente a Administração Tributária entenderá que o sujeito passivo aceitou a exigência, renunciando ao direito de recorrer.

Também no processo judicial a situação é de difícil - apesar de possível - verificação prática, pois parece ser mais conveniente ao sujeito passivo depositar o montante integral e discutir a dívida judicialmente e, se vencedor ao final, levantar o valor depositado.

De qualquer forma, se porventura for verificada a situação descrita no dispositivo, o sujeito passivo possui o prazo de cinco anos - contados da definitividade da decisão favorável - para pleitear administrativamente a restituição.

(negrito nosso)

No caso concreto, percebe-se que não houve qualquer reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão que impusera o pagamento, mas sim a obtenção de provimento judicial para afastamento da incidência das contribuições sobre as parcelas das receitas que não correspondam ao conceito de faturamento desde a data de ingresso da ação. Daí conclui-se que o dispositivo legal (inciso II do art.168, do CTN), citado no acórdão, não tem relação com o caso concreto, não se prestando também para fundamentar o prazo de restituição do contribuinte daquele indébito surgido.

Por outro lado, observa-se que existe na legislação tributária um vácuo quanto ao estabelecimento de prazo de execução de indébito reconhecido em decisão judicial transitada em julgado, isso porque o CTN não dispõe de norma jurídica específica estipulando esse prazo para repetição.

Dessa forma, a fim de solucionar tal questão, por analogia, aplica-se ao caso o inciso I do art.168, do CTN, conjugado com a Súmula nº150 do STJ, *in verbis*:

Código Tributário Nacional

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; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

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.

(negritos nossos)

Súmula nº150 do STJ

O prazo de prescrição da execução coincide com o da prescrição da ação de conhecimento.

Assim, havendo interposição de ação de conhecimento, com prazo de prescrição de 5 (cinco) anos, por força do inciso I, art.168, do CTN, o prazo de que o contribuinte dispõe para solicitar a compensação seria também de 5 (cinco) anos, por aplicação da Súmula nº150 do STJ.

Tal solução para essa omissão legislativa também é defendida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, que no Parecer PGFN CAT 2.093/2011 apresenta as seguintes considerações sobre o tema:

98. Portanto, a lógica enunciada na Súmula STF Nº 150, segundo a qual **o prazo de prescrição da execução coincide com o da prescrição da ação de conhecimento**, também vale para a repetição de indébito tributário. E assim fica a sistemática legal que rege os prazos extintivos de repetição de indébito:

a) quando a primeira iniciativa se dirigir ao Judiciário:

1º - cinco anos contados do pagamento indevido, ainda que antecipado, para impetrar ação de conhecimento, constitutiva do indébito tributário (declaratória, condenatória ou mandamental, nos termos do Parecer PGFN/CRJ Nº 19/2011). Fundamento: prescrição do art. 168, do CTN;

2º - cinco anos contados do trânsito em julgado da sentença descrita no item anterior para promover a execução do título judicial, seja por intermédio de execução judicial, seja por via administrativa (caso em que deverá apresentar prova da inexecução do julgado, nos termos do Parecer PGFN/CRJ Nº 19/2011). Fundamento: prescrição do art. 168 do CTN e Súmula Nº 150, do STF

(negritos nossos)

No presente caso, como o trânsito em julgado da ação se deu em 2006 e a apresentação das declarações de compensação ocorreu em 2007, tem-se por tempestivo o pedido de compensação de créditos relativos ao período de 19/05/99 a 15/07/2002, conforme decidido no acórdão nº3402-006.143.

Diante do exposto, voto no sentido de acolher os Embargos de Declaração opostos pela Fazenda Nacional, sem efeitos infringentes, para sanar obscuridades quanto à legislação utilizada para fundamentar as conclusões constantes do acórdão nº3402-006.143.

(documento assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo