



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA TURMA ESPECIAL

Processo nº 10675.001146/2005-14
Recurso nº 154.110 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO COFINS
Acórdão nº 293-00.093
Sessão de 21 de novembro de 2008
Recorrente POSTO ARAGUAIA II LTDA.
Recorrida DRJ-JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Exercício: 2001, 2002, 2003

COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.
IMPOSSIBILIDADE. ART. 170-A DO CTN. PRESCRIÇÃO.
ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN.

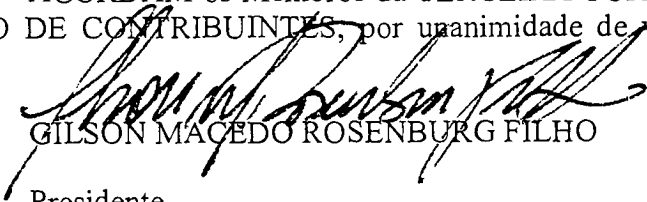
A comprovação de divergência entre a causa de pedir da ação judicial e o processo administrativo de compensação é ônus da contribuinte, razão pela qual não há como se afastar a incidência do art. 170-A do CTN, que veda a compensação de créditos oriundos de ação judicial antes do trânsito em julgado.

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos, contados a partir do pagamento do tributo, conforme previsão dos arts. 165, I e 168, I, ambos do CTN.

Recurso Voluntário negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

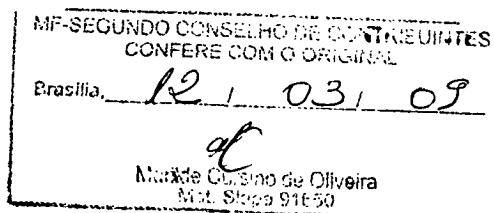
ACORDAM os Membros da TERCEIRA TURMA ESPECIAL do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO

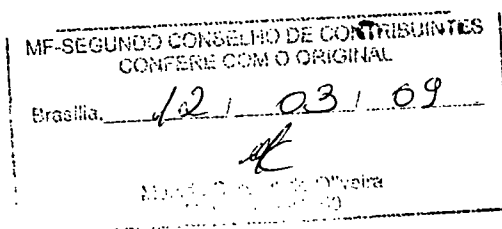
Presidente


ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA

Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Alexandre Kern e Luís Guilherme Queiroz Vivacqua.



Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 228/242) interposto pelo contribuinte acima identificado, em 11/03/2008, contra acórdão nº 09-18.405 – 2ª Turma da DRJ em Juiz de Fora/MG, que não homologou as compensações efetuadas pela recorrente, nos termos da ementa do acórdão (fls. 218).

*"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA
SEGURIDADE SOCIAL – COFINS*

Exercício: 2001, 2002, 2003.

COMPENSAÇÃO

*Crédito discutido judicialmente só pode ser objeto de compensação
após o trânsito em julgado da decisão judicial.*

*DECADÊNCIA: o direito de pleitear restituição extingue-se em 05
anos conforme artigo 168 – CTN.*

Compensação não Homologada

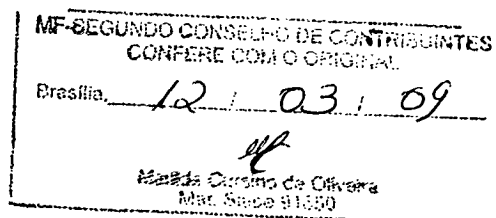
Trata-se de Declaração de Compensação, apresentada pelo contribuinte, PERDCOMP nº 02465.17371.281204.1.3.04-6326 (fls. 01 a 30), posteriormente retificada pelas de nºs 02160.60424.030106.1.7.04-1600 e 21751.62248.030106.1.7.04-5420 (fls. 84 a 143), nas quais relaciona como crédito, pagamento de COFINS que teria sido efetuado a maior em 17/12/2004, no valor de R\$ 50.428,16, conforme se verifica no DARF de fls. 03.

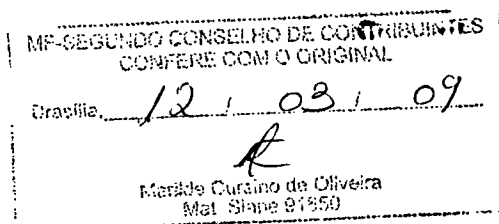
Em 25/01/2006 (fls. 150) a autoridade local considerou não homologada a compensação ante a ausência de prova do direito ao crédito, uma vez que constatou que o crédito alegado pelo contribuinte é relativo ao FINSOCIAL e não a pagamento a maior de COFINS como informado, bem como por força da decadência do direito de pleitear a restituição.

- A DRJ indeferiu a solicitação, nos termos da Ementa já transcrita.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, aduzindo que: (a) a compensação foi feita com base na legislação vigente; b) o MS nº. 2004.38.03.007487-7, impetrado pela Associação Comercial e Industrial de Araguari – ACIA - não tem por finalidade a contestação judicial do tributo objeto da compensação efetuada, devendo ser afastada a aplicabilidade do art. 170-A, do CTN; c) irretroatividade da LC 118/05, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 4º, da referida LC, pela Corte Especial do STJ.

É o relatório.





Voto

Conselheira ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

A recorrente aduz em suas razões que a causa de pedir do Mandado de Segurança nº. 2004.38.03.007487-7, impetrado por Associação Comercial e Industrial de Araguari – ACIA, a qual é filiada, não tem por finalidade a contestação judicial de nenhum tributo objeto da compensação efetuada pela mesma, que o ato que motivou o mencionado *mandamus* decorreu da impossibilidade de se obter certidão negativa de débito em virtude das compensações aqui efetuadas.

Ocorre que em nenhum momento o contribuinte se incumbiu de provar tal assertiva, anexando aos autos tão-somente cópia da primeira página do referido *mandamus* (fls. 186 e 246), o que não serve para a comprovação do alegado. Deveria, ao menos, anexar cópia por inteiro do processo judicial a fim de afastar a aplicação do art. 170-A, do CTN.

Conforme dispõe o art. 3º, §1º, da IN 600/2005, o ônus da prova é do contribuinte, o qual deve trazer aos autos do processo administrativo todos os elementos capazes para comprovação do seu direito.

Cumpre ressaltar que, acaso o contribuinte houvesse comprovado a divergência entre a causa de pedir do MS nº. 2004.38.03.007487-7 com o presente processo administrativo, certamente teria o direito de ver afastada a aplicação do art. 170-A, que se aplica tão somente quando o direito creditório esteja sendo discutido em processo judicial.

De fato, o art. 66, da lei nº. 8.383/91 assegura ao contribuinte o direito à compensação dos valores que recolheu indevidamente, o que será feito por sua própria conta e risco.

A partir do momento em que o contribuinte ingressa no Judiciário pleiteando a declaração desse direito, ou questão relativa à prescrição e critérios de correção monetária, impedida fica de efetuar as compensações antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

Outro não é o entendimento desse Conselho de Contribuintes, senão vejamos:

Número do Recurso: 154214

Data da Sessão: 09/11/2007 01:00:00

Relator: Sandra Maria Faroni

Decisão: Acórdão 101-96453

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

Ementa: COMPENSAÇÃO-CRÉDITOS DE TERCEIROS E ORIUNDOS DE AÇÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. A partir de 10 de abril de 2000, ficou vedada a compensação com créditos de terceiros. O art. 170-A do CTN veda a compensação de créditos oriundos de ação judicial antes do trânsito em julgado.

Número do Recurso: 138172

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Data da Sessão: 21/09/2007 09:00:00

Relator: Maurício Taveira e Silva

Decisão: ACÓRDÃO 201-80625

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Ementa: Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/07/2002 a 30/09/2002

Ementa: COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. MULTA ISOLADA.

A compensação com supedâneo em decisão judicial efetuada antes do trânsito em julgado acarreta sua não homologação, bem assim enseja o lançamento de multa isolada, tendo em vista não ser passível de compensação, por expressa disposição legal, consoante art. 18 da Lei nº 10.833/2003 e art. 170-A do CTN.

COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO HOMOLOGAÇÃO.

Pelo princípio da especialidade das leis, o art. 170-A deve ser aplicado, em detrimento do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 1.533/51.

Recursos de ofício provido e voluntário negado.

D.O.U. de 31/10/2007, Seção 1, pág. 56.

Com relação ao reconhecimento da prescrição, melhor sorte não assiste ao Recorrente.

O direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

"Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12 / 03 / 09
 Marilde Cursino de Oliveira Mat. SIAPE 91850	

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

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 art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do caput do art. 168 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº. 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

"Art. 3º Para efeitos 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."

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

O art. 3º da LC-118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

No presente caso, o alegado pagamento indevido ocorreu em 31/11/1991, tendo sido o pedido de compensação formulado em 28/12/2004, razão pela qual o direito de pleitear a compensação já estava extinto em relação aos pagamentos efetuados anteriormente a 28/12/1999.

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

Sala das Sessões, em 21 de novembro de 2008.


ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA

