



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10880.030354/99-41
Recurso nº Extraordinário
Acórdão nº 9900-000.489 – Pleno
Sessão de 29 de agosto de 2012
Matéria Finsocial. Repetição de indébito.
Recorrente Fazenda Nacional
Recorrida Look Lanche Ltda.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 31/12/1987 a 27/02/1992

FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL.

Para os pedidos administrativos protocolizados antes de 09/06/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente.

ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 26/12/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Lima (presidente da turma), Marcia Silveira (vice-presidente), Luis de Souza, João da Silva e Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Valmar Fonseca de Menezes, Alberto Pinto Souza Júnior, Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Júnior, Jorge Celso Freire da Silva, José Ricardo da Silva, Karem Jureidini Dias, Valmir Sandri, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Elias Sampaio Freire, Gonçalo Bonet Allage, Gustavo Lian Haddad, Manoel Coelho

Arruda Junior, Marcelo Oliveira, Maria Helena Cotta Cardozo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Henrique Pinheiro Torres, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Júlio César Alves Ramos, Maria Teresa Martinez Lopez, Nanci Gama, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Possas, Mercia Helena Trajano Damorim que substituiu Marcos Aurélio Pereira Valadão Manoel Pereira.

Relatório

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela Fazenda Nacional (doc. a fls. 186 e segs.), com fundamento no arts. 9º e 43 do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 2007, em face do Acórdão nº 03-05.787, que negou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional, sob o fundamento de que o prazo prescricional da pretensão à restituição de valores pagos a título de Finsocial começou a correr com a edição da MP nº 1.110/95, por meio da qual a Fazenda Nacional teria reconhecida a inconstitucionalidade da exação.

Em breve síntese, a recorrente sustenta que: *“pelo exame dos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, ambos do CTN, constata-se que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, EXTINGUE-SE COM O DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS, CONTADOS DA DATA DA EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO”*. Em apoio ao seu argumento, sustenta que:

“Esse entendimento, conforme ensina Leandro Paulsen, já se firmou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

‘A Primeira Seção do STJ, quando do julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 435.835-SC, em março de 2004, reconsiderou entendimento anterior para

firmar posição, agora, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo para repetição ou compensação. Entendemos que prevaleceu a melhor orientação. Isso porque o prazo não se altera em função do fundamento do pedido de repetição, de modo que a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo, não tem implicação na sua contagem. Efetivamente, o direito à repetição não se origina da decisão do STF. Cada contribuinte, antes mesmo de qualquer decisão do STF, tem a possibilidade de buscar no Judiciário, o reconhecimento do direito à repetição ou à compensação com fundamento em inconstitucionalidade forte no controle difuso’(Grifou-se).

O posicionamento adotado no EREsp acima mencionado já se encontra pacificado naquela Corte. Foi inclusive reiterado, recentemente, pelo voto condutor do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp 747.091/SC. Veja-se:

‘Considerou-se ser irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido (v.g., pagamento, a maior ou declaração de inconstitucionalidade

do tributo pelo Supremo), eliminando-se a anterior distinção entre repetição de tributos cuja cobrança foi declarada em controle concentrado e em controle difuso, com ou sem edição de resolução pelo Senado Federal (...)’ (Grifou-se).”

Em despacho a fls. 209, o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais admitiu o Recurso Extraordinário da Fazenda Nacional, por entender que atendia aos pressupostos de recorribilidade.

Cientificada do recurso extraordinário da Fazenda Nacional, conforme informa o despacho a fls. a 216, contribuinte não apresentou contrarrazões.

Voto

Conselheiro Alberto Pinto Souza Junior

Ao analisar mais detidamente o acórdão paradigma (Acórdão nº 02-02.088) aduzido pela recorrente, verifico que, embora o Relator tenha feito menção a posição predominante à época neste Colegiado, qual seja, a de que o *dies a quo* do prazo prescricional se desloca para a data da publicação da Resolução Senatorial, essa não foi a *ratio decidendi* do julgado, mas sim, mero *obiter dictum*. Tanto é assim que na ementa do acórdão sequer qualquer menção foi feita acerca desse entendimento. Aliás, o Relator não poderia sustentar as duas posições ao mesmo tempo, ainda que, naquele caso, elas levassem ao mesmo resultado, pois elas são excludentes, razão que demonstra ainda mais o caráter acessório do comentário feito sobre a posição majoritária então vigente. Assim, a verificação da divergência deve ser feita à luz do posicionamento que efetivamente foi adotado no acórdão paradigma, qual seja, que o *dies a quo* do prazo prescricional é aquele indicado no art. 168, I, do CTN.

Por essa razão conheço do recurso extraordinário da Fazenda Nacional, pois resta presente o dissídio jurisprudencial.

Por força do disposto no art. 62-A do RICARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelo art. 543-C do CPC, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. Assim, reproduzo o que fora decidido no REsp nº 1.110.578/SP, representativo de controvérsia julgado pela sistemática do art. 543 do CPC, cuja ementa a seguir transcrevo:

REsp 1110578 /SP RECURSO ESPECIAL 2009/0008313-4

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 12/05/2010

Data da Publicação/Fonte DJe 21/05/2010RT vol. 900 p. 204

Ementa **TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO**

PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c. artigo 156, inciso I, do CTN. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05)

2. **A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício.** (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007)

3. *In casu*, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação. 4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. "[grifo nosso]"

Do julgado acima transcrito, de plano já se conclui que o acórdão recorrido merece reforma, pois, como ali decidido, ***"declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício"***.

Resta, então saber qual o prazo prescricional, quando se tratar de tributo sujeito ao lançamento por homologação, pois a posição adotada no item 1 do acórdão acima transcrito refere-se unicamente aos lançamentos de ofício. Sobre tal questão, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso representativo da controvérsia RE n. 566.621/RS; como também o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o recurso representativo

de controvérsia REsp n. 1.269.570-MG. Tal posição jurisprudencial foi muito bem sintetizada na ementa do REsp 1089356/PR, a qual assim dispõe:

REsp 1089356 / PR RECURSO ESPECIAL 2008/0210352-1

Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 02/08/2012

Data da Publicação/Fonte DJe 09/08/2012

Ementa TRIBUTÁRIO. RECURSOS ESPECIAIS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA QUE ATACA INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE SALDOS NEGATIVOS DA CSLL REFERENTES AO EXERCÍCIO DE 1996. **PEDIDO ADMINISTRATIVO PROTOCOLADO ANTES DE 09.06.2005. INAPLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005 E DO ART. 16 DA LEI N. 9.065/95.**

1. Tanto o STF quanto o STJ entendem que, para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09.06.2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento. Já para as ações ajuizadas antes de 09.06.2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, §4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5). Precedente do STJ: recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.269.570-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23.05.2012. Precedente do STF (repercussão geral): recurso representativo da controvérsia RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011.

2. No caso, embora se trate de mandado de segurança ajuizado no ano de 2007, houve observância do prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/51 e a impetrante impugna o ato administrativo que decretou a prescrição do seu direito de pleitear a restituição dos saldos negativos da CSLL referentes ao ano-calendário de 1995, exercício de 1996, cujo pedido de restituição foi protocolado administrativamente em 05.07.2002, antes, portanto, da Lei Complementar n. 118/2005. Diante das peculiaridades dos autos, o Tribunal de origem decidiu que o prazo prescricional deve ser contado da data de protocolo do pedido administrativo de restituição. Em assim decidindo, a Turma Regional não negou vigência ao art. 168, I, do CTN; muito pelo contrário, observou entendimento já endossado pela Primeira Turma do STJ (REsp 963.352/PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 13.11.2008).

3. No tocante ao recurso da impetrante, deve ser mantido o acórdão do Tribunal de origem, embora por outro fundamento, pois, ainda que o art. 16 da Lei n. 9.065/95 não se aplique nas hipóteses de restituição,

via compensação, de saldos negativos da CSLL, no caso a impetrante formulou administrativamente simples pedido de restituição. Na espécie, ao adotar a data de homologação do lançamento como termo inicial do prazo prescricional quinquenal para se pleitear a restituição do tributo supostamente pago a maior, o Tribunal de origem considerou tempestivo o pedido de restituição, o qual, por conseguinte, deverá ter curso regular na instância administrativa. Mesmo que a decisão emanada do Poder Judiciário não contemple a possibilidade de compensação dos saldos negativos da CSLL com outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, nada obsta que a impetrante efetue a compensação sob a regência da legislação tributária posteriormente concebida.

4. Recurso especial da Fazenda Nacional parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido, e recurso especial da impetrante não provido, em juízo de retratação.

Em suma, temos que:

a) para as ações de repetição de indébito relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação ajuizadas de 09/06/2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento; e

b) para as ações ajuizadas antes de 09/06/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5).

Todavia, o julgado acima transcrito foi além do decidido nos recursos representativos de controvérsia retro citados, pois sustentou que tais conclusões se aplicariam também em caso de pedido administrativo, ou seja, as mesmas considerações acerca da data do ajuizamento da ação de repetição de indébito, para fins de determinação do *dies a quo* do prazo prescricional, seriam também aplicáveis em caso de restituição pedida diretamente à Administração Tributária. Sobre tal ponto, embora não seja caso de aplicação do art. 62-A, já que o referido recurso especial não foi julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC, adoto tal entendimento para então concluir que:

a) para os pedidos administrativos de restituição relativos a tributos sujeitos a lançamento por homologação protocolizados de 09/06/2005 em diante, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos com termo inicial na data do pagamento; e

b) para os pedidos administrativos protocolizados antes de 09/06/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º com o do art. 168, I, do CTN (tese do 5+5).

In casu, como o pedido foi protocolizado em 08/10/1999, aplica-se a cumulação dos prazos do art. 150, § 4º, com o do art. 168, I, do CTN, ou seja, dez anos contados do fato gerador. Razão pela qual entendo atingido pela prescrição apenas a pretensão à restituição de valor pago a título de Finsocial relativos aos fatos geradores de 12/1987 a 09/1989, e concluo ser tempestivo o pedido de restituição dos pagamentos a título de Finsocial relativos aos fatos geradores de 10/1989 a 02/1992.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional, para acolher a preliminar de prescrição da pretensão à restituição de valor pago a título de Finsocial relativo aos fatos geradores de 12/1987 a 09/1989, e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para

Processo nº 10880.030354/99-41
Acórdão n.º **9900-000.489**

CSRF-PL
Fl. 220

enfrentamento do mérito do pedido de restituição dos pagamentos a título de Finsocial relativos aos fatos geradores de 10/1989 a 02/1992.

Alberto Pinto Souza Junior - Relator