



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

Processo nº 10920.002490/2006-54
Recurso nº 000.001 Voluntário
Acórdão nº **1802-001.780 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 06 de agosto de 2013
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO
Recorrente CLINICA DA MULHER S/C LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO. PRESCRIÇÃO.

Antes da *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, ou seja, antes de 09/06/2005, o prazo para o pedido de restituição/compensação respeita 5 (cinco) anos da homologação (art. 150, §4º, do CTN) cumulado com 5 (cinco) anos da restituição (art. 168, I, do CTN), totalizando 10 (dez) anos. Assim, para demandas judiciais propostas até 9 de junho de 2005, forçoso reconhecer o direito de pleitear compensação ou restituição do indébito recolhido há mais de 5 (cinco) anos do ajuizamento da demanda. E, para as ações propostas após 9 de junho de 2005, valem os cinco anos. Este é o entendimento a ser aplicado à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral pelo Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, e, em atendimento ao disposto no artigo 62 da Portaria CARF nº 256, de 22 de junho de 2009 (Regimento Interno do CARF).

O Pedido de Restituição em questão, **fora protocolizado em 13/9/2006** (fl.1), portanto, **após** a *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118, de 9/2/2005, que se deu em 9/06/2005. E, nesse diapasão não se aplica a tese dos 5+5 ao Pedido de Restituição em que se pleiteia a restituição de pagamentos efetuados há mais de 05 anos, no caso, os pagamentos dito efetuados entre 29/2/2000 e 31/8/2001.

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA - A teor do artigo 17 do Decreto nº 70.235/72, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente e Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz Corrêa, Nelso Kichel, Gustavo Junqueira Carneiro Leão, Marco Antonio Nunes Castilho e Marciel Eder Costa.

Relatório

Por economia processual adoto o Relatório da decisão recorrida (fls.153/154) que transcrevo a seguir:

Trata-se de manifestação de inconformidade quanto ao Despacho Decisório de fls. 116 e 117, proferido pelo chefe da Saort da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville, pelo qual foi declarado não formulado o pedido de restituição referente aos recolhimentos efetuados entre 14.9.2001 e 28.6.2002, e indeferido o pedido de restituição relativo aos recolhimentos efetuados entre 29.2.2000 e 31.8.2001.

No tocante ao pedido de restituição não formulado, o interessado deixou de utilizar o programa PER/DCOMP para o pleito, em descumprimento ao art. 2º, IV, "c", da Instrução Normativa SRF nº 517/2005. Incidiu, assim, na hipótese prevista pelo art. 31 da IN SRF nº 600/2005, o que levou a unidade de origem a considerar não formulado o pedido de restituição relativo aos recolhimentos efetuados entre 14.9.2001 e 28.6.2002.

O pedido de restituição abrangeu também outros recolhimentos, efetuados entre 29.2.2000 e 31.8.2001. Como a data do pedido de restituição é de 13.9.2006, a unidade de origem indeferiu o pleito sob o argumento de prescrição do direito do interessado, fundamentando a sua decisão no art. 168 da Lei nº 5.172/66 e no art.3º da Lei Complementar nº118/2005.

Em 10.10.2006, o interessado foi cientificado daquela decisão (fl. 119) e, em 23.10.2006, apresentou manifestação de inconformidade de fls. 121 a 138, com o seguinte teor:

a) que deve ser aplicada a regra de contagem do prazo prescricional conhecida como 5 + 5, ou seja, a de que o prazo da prescrição flui apenas quando decorridos os cinco anos da homologação tácita do lançamento;

b) que o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 não deve retroagir a fatos anteriores à sua vigência pois, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa

retroatividade ofende o princípio constitucional da autonomia e da independência dos poderes;

c) que efetuou pagamentos indevidos, pois calculara o imposto devido com base no coeficiente de presunção do lucro de 32%, enquanto que o percentual correto seria de apenas 8%;

d) que o conceito de serviço hospitalar deve ser traçado com base na natureza do serviço desenvolvido, e não na figura do prestador do serviço;

e) que a IN SRF nº 480/2004 exorbita de sua competência por não poder determinar o conceito de hospital e equiparados;

f) que o programa PER/DCOMP não foi utilizado para o pedido de restituição por apresentar vedações contrárias às determinações contidas na Lei nº 9.784/99, especialmente a de impedir o contribuinte de demonstrar o fundamento jurídico que respalda o direito creditório informado;

g) que faz jus ao direito à compensação e à atualização monetária sobre seus créditos.

...

A 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ/Curitiba/PR) indeferiu o pleito, conforme decisão proferida no Acórdão nº 06-21.000, de 12 de fevereiro de 2009 (fls.152/157), cientificado ao interessado em 17/03/2009(Aviso de Recebimento, AR, fl.158).

A decisão recorrida possui a seguinte ementa (fls.152/153):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. PRESCRIÇÃO.

O prazo para pleitear restituição/compensação de tributos, mesmo os sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos e se conta do pagamento indevido seja qual for a sua causa, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

ATIVIDADE DE CLÍNICA MÉDICA. SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS COMO "SERVIÇOS HOSPITALARES". COEFICIENTE DE PRESUNÇÃO DO LUCRO DE 32% SOBRE A RECEITA BRUTA.

Para fins de definição do coeficiente de presunção de lucro, as atividades prestadas por empresa de clínica médica não se enquadram no conceito de "serviços hospitalares" e suas receitas submetem-se ao coeficiente de presunção de lucro de 32%.

INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É incabível a apreciação, por autoridade julgadora da esfera administrativa, de arguição de inconstitucionalidade de lei, por tratar-se de matéria inserta na competência privativa do Poder Judiciário.

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO NÃO FORMULADO.
COMPENSAÇÃO NÃO DECLARADA.*

Não se aplica o rito processual previsto no Decreto nº 70.235/72 a recurso contra decisão que considerou não formulado o pedido de restituição nem a recurso contra a decisão que considerou contra a decisão que considerou não declarada a compensação, mas sim os preceitos gerais do processo administrativo estabelecidos pela Lei nº 9.784/99.

Solicitação Indeferida

A pessoa jurídica interpôs recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em 17/04/2009 narrando, em síntese, os mesmos fundamentos aduzidos na manifestação de inconformidade acima sintetizados, em relação ao indeferimento do pleito, portanto, desnecessário repeti-los.

Finalmente requer o provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida e por consequência seja deferido o pedido de restituição, para que os valores pagos indevidamente ou a maior a título de IRPJ, possam ser posteriormente compensados.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ester Marques Lins de Sousa

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Dele conheço.

O presente processo tem origem no Pedido de Restituição (fls.01/31), apresentado em 13/09/2006, relativo a pagamentos efetuados a partir de 29/2/2000 a 28/06/2002, de IRPJ calculado com base no lucro presumido, discriminados na planilha (fls.42 e 43).

Conforme relatado, o Despacho Decisório de fls. 116 e 117, proferido pela autoridade administrativa da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Joinville, declara não formulado o pedido de restituição referente aos recolhimentos efetuados entre 14.9.2001 e 28.6.2002, e indefere o pedido de restituição relativo aos recolhimentos efetuados entre 29.2.2000 e 31.8.2001.

Os fundamentos para o indeferimento do pleito, consubstanciados no Despacho Decisório e mantidos na decisão recorrida, são os seguintes:

Quanto aos pagamentos efetuados entre 29/2/2000 e 31/8/2001, o pedido de restituição foi denegado, com base na prescrição do direito por terem se passado mais de cinco anos entre as datas dos pagamentos dito efetuados a maior e o pedido de restituição somente

feito em 13/9/2006 (fl.1), com espeque no artigo 168 da Lei nº 5.172/66 e no art.3º da Lei Complementar nº 118/2005.

A Recorrente argúi a tese dos 5+5 anos na qual sustenta, em síntese, que o artigo 3º da LC nº 118/2005 não deve retroagir a fatos anteriores à sua vigência pois, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, essa retroatividade ofende o princípio constitucional da autonomia e da independência dos poderes.

Ocorre que, na Sessão Plenária de 04/08/2011, ao julgar o RE 566.621/RS, Relatora Min. Ellen Gracie, matéria tratada em forma de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (STF) por maioria de votos declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, validando, deste modo, a chamada “tese 5+5” do STJ, a ser aplicada aos procedimentos de repetição/compensação de indébito iniciados/realizados antes de 9 de junho de 2005 (data da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005). De sorte que, as demandas judiciais propostas até esta data (9 de junho de 2005) seguirão a interpretação pacífica do STJ (regra dos 10 anos: 5 + 5 anos).

Enfim, antes da *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, ou seja, antes de 09/06/2005, o prazo para o pedido de restituição respeita 5 (cinco) anos da homologação (art. 150, §4º, do CTN) cumulado com 5 (cinco) anos da restituição (art. 168, I, do CTN), totalizando 10 (dez) anos.

Assim, para demandas judiciais propostas até 9 de junho de 2005, forçoso reconhecer o direito de pleitear compensação ou restituição do indébito recolhido há mais de 5 (cinco) anos do ajuizamento da demanda. E, para as ações propostas após 9 de junho de 2005, valem os cinco anos.

Como dito acima, o Pedido de Restituição em comento, **fora protocolizado em 13/9/2006** (fl.1), portanto, **após** a *vacacio legis* da Lei Complementar nº 118, de 9/2/2005, que se deu em 9/06/2005. E, nesse diapasão não se aplica a tese dos 5+5 ao Pedido de Restituição em que se pleiteia a restituição de pagamentos efetuados há mais de 05 anos, no caso, os pagamentos dito efetuados entre 29/2/2000 e 31/8/2001.

Desse modo, é como se decide no presente voto a teor da decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral pelo Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, e, em atendimento ao disposto no artigo 62 da Portaria CARF nº 256, de 22 de junho de 2009 (Regimento Interno do CARF).

Nesse passo, rejeita-se a pretensão da recorrente e resta mantida a decisão recorrida.

Repisa-se que, conforme o despacho decisório de fls.116/117, o pedido foi **indeferido** (pela prescrição) em relação aos recolhimentos efetuados entre **29/02/2000 e 31/08/2001**, e, considerado como **não formulado** em relação aos recolhimentos efetuados entre 14/09/2001 e 28/06/2002.

Por óbvio, no tocante ao pedido de restituição considerado **não formulado**, não há prescrição, conforme explicitado acima.

Em relação ao pedido de restituição relativo a tais pagamentos, efetuados entre 14/09/2001 e 28/06/2002, a unidade de origem considerou o mesmo não formulado por

haver o interessado deixado de utilizar o programa PER/DCOMP para o pleito, em descumprimento ao art. 2º, IV, "c", da Instrução Normativa SRF nº 517/2005, portanto, incidiu na hipótese prevista pelo art. 31 da IN SRF nº 600/2005, *verbis*:

...

Art. 31. A autoridade competente da SRF considerará não formulado o pedido de restituição ou de ressarcimento e não declarada a compensação quando o sujeito passivo, em inobservância ao disposto nos §§ 2º a 4º do art. 77, não tenha utilizado o Programa PER/DCOMP para formular pedido de restituição ou de ressarcimento ou para declarar compensação.

...

Consta do acórdão recorrido que, em sede de primeira instância, a discussão quanto ao pedido de restituição **considerado não formulado**, não fora passível de apreciação pelo órgão julgador, haja vista que, o § 2º do art. 31 da IN SRF nº 460/2004 dispõe que não se aplica o art. 48 da mesma norma ao pedido de restituição considerado não formulado e à compensação considerada não declarada. Portanto, nesse caso, é admitido recurso dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior, neste caso, ao Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil, nos termos da Lei nº 9.784/ 1999.

Na peça recursal, a pessoa jurídica recorrente nada questionou sobre tal decisão expendida pela Delegacia de Julgamento, razão pela qual se considera essa matéria como não impugnada nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70235/72.

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

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa.