



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

**Processo n°** 10950.006206/2007-42  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 3301-002.006 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 21 de agosto de 2013  
**Matéria** COFINS - DCOMP  
**Recorrente** CACAU'S DISTRIBUIDORA LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Período de apuração: 10/03/1999 a 15/05/2001

REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito à repetição/compensação de créditos financeiros contra a Fazenda Nacional, decorrente de pagamento indevido e/ ou maior de tributo, prescreve em 5 (cinco) anos contados da data da extinção do respectivo crédito tributário pelo pagamento.

INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

Em face do disposto no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), art. 62-A, c/c a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 566.621, para os pedidos de restituição/compensação de indébito tributário decorrente de pagamento a maior e/ ou indevido de tributo sujeito a lançamento por homologação, protocolados depois da data de 09/06/2005, a contagem do prazo prescricional quinquenal do direito de se repetir/compensar o respectivo indébito deve ser feita da data de extinção do respectivo crédito tributário pelo pagamento.

DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. COMPENSAÇÃO A DESTEMPO.

Incide multa de mora sobre débitos tributários extintos a destempo, mediante compensação com crédito financeiro contra a Fazenda Nacional e/ ou pagamento via darf.

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Data do fato gerador: 13/05/2005, 15/07/2005, 15/09/2005, 14/10/2005, 14/11/2005, 14/12/2005, 13/01/2006

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO (DCOMP). HOMOLOGAÇÃO.

A homologação de compensação de débito fiscal, efetuada pelo próprio sujeito passivo, mediante entrega de Declaração de Compensação (Dcomp), está condicionada à certeza e liquidez do crédito financeiro utilizado.

Recurso Voluntário Negado

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 voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas - Presidente

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Possas, Maria Teresa Martínez López, José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Andrada Márcio Canuto Natal e Fábria Regina Freitas.

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão da DRJ em Curitiba, PR, que julgou improcedente manifestação de inconformidade apresentada contra despacho decisório que não homologou as compensações informadas na Declaração de Compensação (Dcomp), às fls. 03/11, transmitida em 26/09/2007, posteriormente retificada pela Dcomp às 12/19, com crédito financeiro da Cofins, decorrente da ampliação da base de cálculo desta contribuição, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Maringá, PR, não homologou as compensações declaradas sob o fundamento de que o crédito financeiro utilizado naquela Dcomp já fora objeto de pedido de restituição analisado e indeferido por aquela mesma DRF por meio do processo administrativa nº 10950.00050/2007-5, conforme Despacho Decisório às fls. 44/46.

Inconformada com aquele despacho decisório, a recorrente apresentou manifestação de inconformidade (fls. 52/58), requerendo sua reforma a fim de que fossem homologadas as compensações declaradas, alegando razões assim resumidas por aquela DRJ:

*“Primeiramente, após relato sucinto dos fatos, chama a atenção para o efeito suspensivo do recurso apresentado. Cita e transcreve jurisprudência e afirma que como existe vinculação com o processo administrativo nº 13951.000508/2007-95, os débitos ‘deverão permanecer com exigibilidade suspensa até que este seja julgado em definitivo na esfera administrativa’ (fl. 53).*

*A seguir, discorre sobre a possibilidade de lançamento/cobrança de multas sobre os débitos compensados. Diz que os débitos foram incluídos em Dcomp e que, assim, ‘deve a autoridade administrativa abster-se de aplicar multa de mora, e, em relação a esta, não pode ser exigida em percentual superior aos 20%, posto que*

desnecessária a lavratura de auto de razão (ou qualquer outro meio) para constituir o presente crédito, pois o próprio contribuinte já o fez quando o declarou através das informações remetidas a fazenda federal' (fl. 54). *Aduz, também, não ser cabível a imposição de multa isolada.*

*Ao final, pede a suspensão da exigibilidade dos débitos, até que haja julgamento definitivo do processo de restituição nº 13951.000508/2007-95. Requer, ainda, que a autoridade administrativa se abstenha de emitir auto de infração e de exigir a aplicação de multa moratória ou multa isolada. Caso ocorra a aplicação de multa, pede a suspensão da exigibilidade correspondente."*

Analisada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente, conforme Acórdão nº 06-25.840, datado de 17/03/2010, às fls. 182/189, sob as seguintes ementas:

*“PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COFINS. DECADÊNCIA.*

*A decadência do direito de pleitear a restituição ocorre em cinco anos contados da extinção do crédito pelo pagamento.*

*COMPENSAÇÃO. CRÉDITO ORIUNDO DE RESTITUIÇÃO INDEFERIDA. NÃO-HOMOLOGAÇÃO.*

*A compensação de crédito vinculado a uma restituição indeferida com débitos administrados pela Receita Federal, de responsabilidade da contribuinte, não pode ser homologada."*

Cientificada dessa decisão, inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário (194/217), requerendo a sua reforma, a fim que se defira seu pedido de restituição de indébitos de Cofins e sejam homologadas as compensações declaradas, alegando, em síntese, que (i) não ocorreu a prescrição do seu direito à repetição/compensação dos indébitos, defendendo a contagem do prazo decadencial quinquenal, segundo a tese dos “cinco mais cinco”, cinco para a extinção do crédito tributário e mais cinco para exercer o direito; (ii) a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins viola a Constituição Federal (CF) de 1988, arts. 5º, XXII; 145, § 1º; 150, IV; e 195, I; (iii) a ampliação da base de cálculo determinada pela Lei nº 9.718, de 1998, foi julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF); e, (iv) a improcedência de exigência de multas sobre débitos compensados.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Adão Vitorino de Morais

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Em face da anexação do processo de restituição (10950.000508/2007-95) a este processo administrativo, a autoridade julgadora de primeira instância julgou o pedido de restituição dos indébitos da Cofins, decorrentes dos pagamentos a maior correspondentes à ampliação da base de cálculo dessa contribuição, e as compensações declaradas.

Em seu recurso voluntário, a recorrente insurge contra (i) a prescrição do seu direito à repetição/compensação dos indébitos, ii) a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins; (iii) a ampliação da base de cálculo da Cofins; e, (iv) exigência de multas sobre débitos compensados.

#### I – prescrição

Os indébitos reclamados e utilizados na Dcomp decorrem de pagamentos indevidos e/ ou maior da Cofins, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, julgado inconstitucional pelo STF, referentes aos períodos de competência de fevereiro de 1999 a março de 2001, recolhidos entre as datas de 10 de março de 1999 e 15 de maio de 2001.

A prescrição do direito de se repetir/compensar indébitos tributários está regulada no CTN, art. 165, I, c/c o art. 168, I, que assim dispõe:

*“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:*

*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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;*

*(...).*

Assim, nos termos deste dispositivo legal, o prazo de cinco anos para apurar a prescrição do direito à repetição/compensação de indébitos tributários, no caso de pagamento indevido e/ ou a maior, deve ser contado a partir da extinção do crédito tributário.

No presente caso, a extinção do crédito tributário mais recente e que teria originado indébito tributário ocorreu em 15 de maio de 2001 pelo pagamento. Assim, na data de protocolo do pedido de restituição em discussão, em 18 de setembro de 2007, o direito de a recorrente já havia prescrito. O prazo limite para o indébito mais recente expirou em 15 de maio de 2006.

A tese dos “cinco mais cinco”, reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em face da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 566.621, somente se aplica para os processos protocolados até a data de 9 de junho de 2005.

O RICARF art. 62-A, assim dispõe:

*“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973,*

*Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos*

(...).”

Na decisão do RE nº 566.621, o Plenário do STF, ao negar provimento ao RE nº 566.221 interposto pela União Federal contra a decisão que reconheceu que a LC nº 118, de 09/02/2005, somente se aplica a partir de sua vigência, e que o prazo quinquenal para repetir indébitos decorrentes de tributos sujeitos a lançamento por convalidação, até então, era de 10 (dez) anos, cinco para a extinção tácita e mais cinco para a repetição, tese dos “cinco mais cinco”, sacramentou a vigência desta tese até a entrada em vigor daquela lei complementar, em 09/06/2005.

Dessa forma, também por força do disposto no art. 62-A do RICARF, adotamos a decisão do STF no referido RE reconhecer a decadência do direito de a recorrente repetir/compensar os indébitos reclamados e utilizados na Dcomp em discussão.

ii) a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins

O julgamento desta matéria ficou prejudicado em face da decadência do direito de a recorrente repetir/compensar os indébitos pleiteados e também porque tais indébitos decorreram da ampliação da base de cálculo da Cofins, julgada inconstitucional pelo STF nos processos: RE 346084/PR, RE 357950/RS, RE:358273/RS e RE 390840/M, conforme provam o Pedido de Restituição às fls. 63 e as Planilhas às fls. 87/89 apresentados pela recorrente, e não da inclusão de ICMS na base de cálculo dessa contribuição.

(iii) a ampliação da base de cálculo da Cofins

A ampliação da base de cálculo da Cofins, nos termos do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, foi julgada inconstitucional pelo STF. Assim, a recorrente faria jus à repetição/compensação dos valores pagos sobre as receitas não operacionais (financeiras e outras) efetivamente comprovados.

No entanto, conforme demonstrado no item prescrição/decadência, na data de protocolo de restituição seu direito já havia decaído.

(iv) exigência de multas sobre débitos compensados.

Também, o julgamento desta matéria ficou prejudicado porque nenhum débito teve sua compensação homologada e, portanto, não foi aplicada nenhuma penalidade.

No entanto, cabe esclarecer que a exigência de multa de mora sobre débitos tributários extintos a destempo, mediante pagamento e/ ou compensação, está prevista no art. 61 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, que assim dispõe:

*“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*

*§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*

*§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*

[...].”

Assim, quando a recorrente liquidar os débitos, objeto da Dcomp em discussão, cujas compensações não foram homologadas, será exigida multa moratória, nos termos deste dispositivo legal.

v) homologação das compensações declaradas

Já a homologação de compensação de crédito financeiro contra a Fazenda Nacional, com débitos tributários vencidos, mediante a transmissão de Dcomp, nos termos da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, art. 74, está condicionada à certeza e liquidez do crédito financeiro utilizado.

No presente caso, conforme demonstrado, na data de protocolo do pedido de habilitação do crédito financeiro utilizado na Dcomp, objeto deste processo administrativo, a recorrente não podia mais exercer seu direito à repetição/compensação daquele crédito porque seu direito já havia prescrito/decaído.

Portanto, correta a não homologação das compensações declaradas nas Dcomp, objeto deste processo administrativo.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

José Adão Vitorino de Moraes - Relator