



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

**Processo n°** 11020.002123/2007-48  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1201-00.712 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 08 de maio de 2012  
**Matéria** SIMPLES FEDERAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO  
**Recorrente** LUPATECH PETROIMA EQUIP P PETROLEO LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Ano-calendário: 2007

**LEGITIMIDADE DO CRÉDITO.**

Somente é passível de restituição o tributo que comprovadamente tenha sido pago a maior ou indevidamente. Não havendo a autoridade de primeira instância se manifestado sobre essa questão, nova decisão deve ser proferida, restituindo-se ao interessado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, DAR PARCIAL provimento ao recurso, para afastar a decadência do direito à restituição e determinar o retorno dos autos à autoridade de primeira instância, para o proferimento de nova decisão, apreciando-se os demais elementos da lide.

*(documento assinado digitalmente)*

Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz - Presidente

*(documento assinado digitalmente)*

Marcelo Cuba Netto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz (Presidente), Claudemir Rodrigues Malaquias, André Almeida Blanco (Suplente Convocado), Marcelo Cuba Netto, Cristiane Silva Costa (Suplente Convocada) e Regis Magalhães Soares de Queiroz.

**Relatório**

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 30/05/2012 por MARCELO CUBA NETTO, Assinado digitalmente em 06/06/2012 p

or FRANCISCO DE SALES RIBEIRO DE QU, Assinado digitalmente em 30/05/2012 por MARCELO CUBA NETTO

Impresso em 08/06/2012 por ANDREA FERNANDES GARCIA - VERSO EM BRANCO

Trata-se de recurso voluntário interposto nos termos do art. 33 do Decreto nº 70.235/72.

Por bem descrever os fatos litigiosos de que cuida o presente processo, tomo de empréstimo o relatório contido na decisão de primeiro grau:

*A contribuinte protocolizou, em 23/07/2007, Pedido de Restituição (fls. 01), onde informa possuir créditos no montante de R\$ 89.131,74, referente a pagamentos indevidos ou a maior recolhidos a título de Simples Federal, código de receita 6106.*

*Anexa DARF-SIMPLES e Instrumento Particular de Alteração e Reformulação do Contrato Social, registrado na Junta Comercial do Rio Grande do Sul em 26/06/2007.*

*Em face da solicitação retro, foi prolatado, pela delegacia jurisdicionante, Despacho Decisório nº 128 — DRF/CXL, que concluiu pelo indeferimento da postulação da requerente. Embasa tal decisão no artigo 168 do Código Tributário Nacional — CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/1966 e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999 que trata do prazo para a repetição de indébito.*

*Em conclusão, aduz ainda, a já referida decisão monocrática, que considerando a data de protocolização do pedido de restituição (23/07/2007), e as datas em que foram efetuados os pagamentos dos DARFs objeto do pedido, verifica-se que à requerente não lhe assiste mais o direito de pleitear o indébito tributário pelo transcurso do prazo legal de cinco anos.*

*Cientificada em 13/03/2009 do Despacho Decisório DRF/CXL nº 128, de 10/03/2009, a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 13/04/2009 (fls. 33 a 41), alegando, em síntese:*

*- que o CTN, em seu artigo 168 preceitua que o prazo para requerer a restituição do crédito tributário é de 5 anos a partir da sua extinção e, que no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial flui a partir da homologação levada a efeito pela autoridade fiscalizadora;*

*- que torna-se indispensável que a Administração se manifeste concordando com os dados informados pelo contribuinte, no caso de homologação expressa, ou aceite tacitamente as informações prestadas no prazo de 5 anos fixados em lei, configurando, neste caso, a homologação tácita;*

*- que somente após a homologação, quer tácita ou expressa, é que inicia-se a contagem do prazo para o contribuinte requerer a restituição de valores recolhidos a maior, em contraposição ao que dispõe o despacho decisório ora atacado;*

*- que, em consequência, é necessária a contagem do prazo de cinco anos da data do fato gerador para se configurar a extinção*

*do crédito, acrescido de mais cinco anos da data da extinção, perfazendo um total de dez anos;*

*- colaciona jurisprudência com o fito de embasar seu pedido;*

*ao final, requer a modificação do Despacho Decisório da lavra da DRF/Caxias do Sul, pugnando, também, pela homologação do pedido de restituição.*

Apreciadas as razões de defesa, a DRJ de origem julgou improcedente a impugnação, reafirmado que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição/compensação de tributo pago a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos contados a partir da data do pagamento.

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário pedindo, ao final, a reforma da decisão de primeira instância, sob as mesmas razões expostas na manifestação de inconformidade.

## Voto

Conselheiro Marcelo Cuba Netto, Relator.

### 1) Da Admissibilidade do Recurso

O recurso atende aos pressupostos processuais de admissibilidade estabelecidos no Decreto nº 70.235/72 e, portanto, dele deve-se tomar conhecimento.

### 2) Das Decisões do STF e do STJ e seus Efeitos perante as Decisões do CARF

Sobre o prazo prescricional para que o sujeito passivo pleiteie a restituição de tributo pago a maior ou indevidamente, os arts. 165 e 168 do CTN assim estabelecem:

*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 hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;*

*(...)*

Em razão de uma prolongada divergência jurisprudencial acerca da interpretação dos dispositivos acima transcritos quando aplicados a tributos sujeitos a lançamento por homologação, o Congresso Nacional promulgou a Lei Complementar nº 118/2005, cujos arts. 3º e 4º prescrevem o seguinte:

*Art. 3º Para efeito 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 sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.*

Por sua vez, o art. 106, I, do CTN, ao qual remete o acima transcrito art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, assim prescreve:

*Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:*

*I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;*

*(...)*

Ocorre que o STJ, após o seu órgão especial haver julgado inconstitucional o mencionado art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, pacificou a questão quando do julgamento do REsp nº 1.002.932/SP, processado nos termos do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos). O entendimento daquela corte encontra-se resumido na abaixo transcrita ementa ao Agravo Regimental no REsp 1.139.470/SP:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. APRECIAÇÃO EQÜITATIVA.*

*I. O prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, do ponto de vista prático, deve ser contado da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.05), o prazo para se pleitear a restituição é de cinco anos a contar da data do recolhimento indevido; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior,*

*limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da novel lei complementar (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009).*

*2. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644.736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).*

*3. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida.*

*4. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").*

*5. Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.*

(...)

Por fim, é de se dizer que o STF, no âmbito do recurso especial nº 566.621/RS, processado nos termos do art. 543-B do CPC (repercussão geral), ratificou a citada decisão do órgão especial do STJ, julgando inconstitucional o art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, em decisão plenária assim ementada:

*DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora*

*tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.*

Referidas decisões do STF e do STJ devem ser observadas nos julgados do CARF, não só por sua autoridade substantiva, mas também por força do disposto no art. 62-A do Regimento Interno deste Colegiado, *verbis*:

*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 conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

(...)

### **3) Do Litígio sob Exame**

Conforme se observa nos autos do processo, em 27/07/2007 o sujeito passivo pediu a restituição de pagamentos realizados entre 12/03/2001 e 12/06/2002 a título de Simples Federal, sob a alegação de tê-los feito indevidamente.

De acordo com o aludido entendimento do STJ, ao qual este Conselho encontra-se vinculado, e tendo em conta que os pagamentos acima apontados foram realizados antes de 09/06/2005, data em que entrou em vigor a Lei Complementar nº 118/2005, o termo final para que a contribuinte pleiteasse a restituição daqueles tributos será de dez anos contados da data do pagamento indevido ou a maior, não podendo tal termo final ser posterior a 09/06/2010.

Como o pagamento mais antigo foi realizado em 12/03/2001, e o pedido de restituição em 27/07/2007, não há que se falar em prescrição do pleito.

No entanto, a questão acerca do mérito do pedido de restituição não foi examinada nem pela autoridade que denegou o pleito da contribuinte, nem pelo órgão de primeiro grau. A bem da verdade, não há nos autos qualquer explicação do sujeito passivo acerca do porquê entende que os pagamentos por ele apontados são indevidos.

Uma vez que só é legalmente permitida a restituição de tributo que, comprovadamente, tenha sido pago a maior ou indevidamente, e tendo em conta a possibilidade de surgimento de controvérsia acerca da legitimidade do crédito, necessária se faz a prolação de nova decisão de primeiro grau, onde sejam observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

#### 4) Conclusão

Tendo em vista todo o exposto voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, a fim de reconhecer a tempestividade da apresentação do pedido de restituição e determinar o retorno dos autos à autoridade julgadora de primeira instância para que seja proferida nova decisão, onde deverá ser examinada a legitimidade do direito creditório.

*(documento assinado digitalmente)*

Marcelo Cuba Netto