



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

Processo n° 11080.004863/2008-95
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **1002-000.573 – Turma Extraordinária / 2ª Turma**
Sessão de 16 de janeiro de 2019
Matéria RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO
Recorrente LAB RIE LAB DE ANÁLISES CLIN RADIOIMUNOENSAIO S/S LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2002

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA DO DIREITO. CONTAGEM DO PRAZO. LEI COMPLEMENTAR N.º 118/2005.

Para os pedidos de restituição/compensação formalizados após 08/06/2005 a contagem do prazo de cinco anos para repetição de indébito inicia-se a partir da data do pagamento indevido do tributo ou contribuição. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 566.621/RS, STF. Súmula CARF n.º 91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Aílton Neves da Silva - Presidente.

(assinado digitalmente)

Angelo Abrantes Nunes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aílton Neves da Silva, Leonam Rocha de Medeiros, Breno do Carmo Moreira Vieira e Angelo Abrantes Nunes.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto em face de decisão proferida pela 2.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília - DF (DRJ/BSB) mediante o Acórdão nº 03-36.555, de 26/04/10 (e-fls. 141 a 150).

O relatório elaborado por ocasião do julgamento em primeira instância sintetiza bem o ocorrido, pelo que peço licença para transcrevê-lo, a seguir, complementando-o ao final.

[...]

Tratam os autos de pedido de restituição formalizado à fl. 01, no montante de R\$ 11.400,98, que, a teor dos documentos às fl. 36/39, corresponde ao somatório de supostos pagamentos indevidos ou a maior que o devido efetuados sob o código 2089 entre 30/04/2002 e 31/01/2003, cujos valores originários perfazem o montante de R\$ 6.105,04, tendo sido atualizados até 31/03/2008 para alcançar o montante pleiteado. O pedido de restituição foi apresentado em 28/04/2008.

Para justificar seu pleito, o contribuinte anexou o arrazoado às fl. 14/31, no qual, além de manifestar entendimento de que é de dez anos o prazo para requerer a restituição e/ou utilização na compensação de créditos decorrentes de tributos submetidos ao lançamento por homologação, procura demonstrar terem sido indevidos os valores por ele recolhidos a título de IRPJ haja vista ter determinado as correspondentes bases de cálculo considerando o percentual de 32% sobre a receita bruta, quando deveria ter aplicado o percentual de 8% a que fazem jus as empresas cujas atividades equiparam-se a "serviços hospitalares", conforme art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a" da Lei nº 9.249/95. Argumenta, em síntese, o seguinte:

- Equipara-se a prestadora de serviços hospitalares uma vez que cumpre os requisitos elencados no art. 23 da Instrução Normativa SRF (IN) nº 306/2003, que estabelece como beneficiárias da base de cálculo de 8% as pessoas jurídicas ligadas à atenção e assistência à saúde e que possuam estrutura física adequada para execução de uma ou mais das atividades constantes da Portaria GM nº 1.884/94, do Ministério da saúde, norma substituída pela Resolução RDC nº 50/2002;
- O art. 27 da IN SRF nº 480/2004, ao alterar o conceito de serviços hospitalares para neles considerar somente aqueles prestados por estabelecimentos hospitalares, legislou de forma ilegal, fora de sua competência, entendimento fundamentado na vedação contida no art. 110 do Código Tributário Nacional (CTN) e no fato de que a referida IN foi editada após a Medida Provisória (MP) nº 232/2004, que manteve a regra relativa às prestadoras de serviços hospitalares;
- Em decorrência da inaplicabilidade do art. 27 da IN SRF nº 480/2004, entende que deve prevalecer a norma publicada pelo órgão competente para determinar o conceito de serviços hospitalares, ou seja, a Resolução RDC nº 50/2002, que substituiu a Portaria GM nº 1.884/94.

Por meio do Despacho Decisório DRF/POA/SEORT nº 588/2008, às fl. 74/77, a autoridade administrativa decidiu pelo não reconhecimento do direito creditório e pela não homologação de compensações eventualmente efetivadas com base no crédito objeto deste processo.

O fundamento para a decisão foi a decadência do direito de pleitear a restituição, haja vista que o pedido foi efetuado após o prazo de cinco anos contados

das datas em que realizados os pagamentos supostamente indevidos ou a maior. Para tanto, a autoridade administrativa amparou-se nos seguintes dispositivos: arts. 168, I, 156, VII, e 150, §1º do CTN, bem assim o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 e art. 900, I do Decreto nº 3.000/99 (R1 R199).

Ainda na decisão foi ressaltado que, ainda que não houvesse ocorrido a decadência, não haveria como acatar o pleito com base na suposta ilegalidade do art. 27 da IN SRF nº 480/200, vez que os órgãos administrativos não podem negar aplicação a atos normativos emanados do Poder competente, não cabendo a eles a apreciação de ilegalidade destes.

Foi salientado, ainda, que se o interessado já não cumpria os requisitos do art. 27 da IN SRF nº 480/2004 quando da apresentação do pedido de restituição (2008), também não atendia as condições estabelecidas na nova redação do dispositivo dada pela IN RFB nº 791/2007, que, no entender da autoridade fiscal, sofreu poucas alterações. Segundo ela, tal conclusão se deveu às informações prestadas pelo próprio contribuinte, quando, às fl. 22/25, sugeriu desenvolver apenas as atividades estabelecidas nos itens 1.9 e 1.10 da Resolução RDC nº 50/2002.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 26/06/2008, consoante Aviso de Recebimento (AR) à fl. 79, tendo apresentado manifestação de inconformidade em 22/07/2008, conforme carimbo dos Correios no envelope à fl. 80, juntada às fl. 81/103. O seu teor está resumido a seguir:

- O conceito de serviço hospitalar deve ser traçado com base na natureza do serviço desenvolvido pelo estabelecimento, e não na figura do prestador do serviço. Nesse sentido decisão do Recurso Especial nº 380.584/RS;
- Nos termos do art. 109 do CTN, a legislação tributária não pode alterar ou gerar novos conteúdos, definições ou alcances, quando eles sejam disciplinados em outras áreas jurídicas. Pode apenas alterar os efeitos tributários.
- Até o advento da IN SRF nº 306/2003 e do Ato Declaratório Interpretativo (ADI) SRF nº 18/93, que assumiram o entendimento adotado pela legislação médico-sanitária, havia lacuna na legislação tributária quanto à abrangência do conceito de serviço hospitalar;
- Apenas a exigência contida no art. 2º do referido ADI é que extravasou os contornos delineados na legislação médico-sanitarista, ao estabelecer a necessidade adicional de outros profissionais no estabelecimento diferentes do sócios. Tal dispositivo afrontou o art. 109 do CTN. Tratando-se de ato interpretativo não poderia ter criado requisito novo não traçado pela legislação sanitária, tendo caráter constitutivo e inovador. Tal exigência é também ilegal;
- A IN SRF nº 480/2004 alterou o conceito de serviços hospitalares, restringindo-o para aqueles que são prestados por estabelecimentos hospitalares. Houve afronta de direito líquido e certo das empresas que eram anteriormente consideradas prestadoras de serviços hospitalares. Tal instrução alterou definição, conteúdo e alcance de institutos e conceitos do direito privado utilizados expressa ou implicitamente pela Constituição Federal (CF), violando o art. 110 do CTN. Tal IN legislou de forma ilegal, fora de sua competência, motivo pelo qual a guarida para a solução da norma ilegítima é encontrada no sistema normativo, na disposição adequada e legal publicada por órgão competente para tanto, continuando a

prevalecer o disposto pelo Ministério da Saúde, ou seja, a Portaria GM nº 1.884/1994, Parte II, Capítulo 2;

- O art. 168, I do CTN estabelece que o direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso de cinco anos contados da extinção do crédito tributário. Na modalidade de lançamento por homologação o crédito tributário somente estará perfeito e acabado mediante o pagamento e a conseqüente homologação, que é o verdadeiro evento ensejador da extinção do crédito tributário, conforme arts. 150, § 1º, e 156, VII do CTN. O simples pagamento nessa modalidade não gera a extinção do crédito tributário, pois ao contribuinte não é dado o dever-poder de lançamento. O art. 156 estabelece que a extinção do crédito é a conjugação do pagamento com a homologação. O art. 3º da Lei Complementar (LC) nº 118/2005 fere de morte tais dispositivos ao estabelecer que a contagem se dá a partir do pagamento, o que, conforme visto, não gera a extinção do crédito tributário. Logo a referida LC é ilegal;
- Conforme posicionamento do STJ, a LC somente gera efeitos para os créditos relativos a fatos ocorridos posteriormente a sua vigência, haja vista que introduziu nova regra referente à prescrição do direito do contribuinte de efetuar a recuperação de tributos;
- O prazo para pleitear restituição é prescricional, pois se está a exercer o direito de ação em busca de uma pretensão resistida;
- Não procede o argumento de que as autoridades administrativas não podem apreciar constitucionalidade e legalidade de leis e atos normativos. Nesse sentido diversos julgados do Conselho de Contribuintes. Não cabe ao Judiciário, mas sim a todos os poderes zelar pelo cumprimento e obediência da CF. Não é defeso aos demais poderes o exame da validade da norma;
- É fundamental distinguir controle de constitucionalidade e decisão sobre aplicação de norma inconstitucional a fato concreto. O Executivo pode e deve fazer a verificação da aplicação da norma. Já o controle de constitucionalidade é competência do Judiciário. Não existe prerrogativa que autorize somente o Judiciário a examinar em abstrato a constitucionalidade de ato ou norma em concreto. O Supremo Tribunal Federal tem prerrogativa de examinar em abstrato a constitucionalidade de lei ou ato normativo com efeito *erga armos*, através de ação direta de inconstitucionalidade. Já o Executivo pode fazer o exame no caso concreto com efeito entre as partes;
- Esta discussão se encerra com o art. 50, LV da CF. Não haveria contraditório e ampla defesa na esfera administrativa caso a autoridade julgadora estivesse obrigada a cumprir norma inconstitucional. Ao protocolar seu pedido de restituição exerceu direitos constitucionais garantidos no art. 5º da CF: LIV — devido processo legal; LV — contraditório e ampla defesa — XXXIV — de petição. A CF prevê a obrigatoriedade de se conceder na esfera administrativa ou judicial, amplo e irrestrito direito à defesa, com os recursos nela inerentes, assegurando-se o devido processo legal e o direito ao contraditório. O contencioso administrativo se pauta na busca da verdade material. A norma somente é válida se guarda consonância com norma superior;
- Nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430/96, com redação do art. 17 da Lei nº 10.833/2003, bem assim, do art. 48 da IN SRF 460/2004 e do art. 151 de

CTN, a Receita deve suspender a exigibilidade do débito administrativo, uma vez que no caso em tela foi interposta a manifestação de inconformidade em face da não homologação das compensações. É ilegal a atitude do Fisco no sentido de recusar a suspensão, coagindo a impetrante a proceder o recolhimento dos valores, seja por meio de cobrança ou impossibilitando a obtenção de CND;

- Restando legítimo o direito de aproveitar o crédito decorrente do pagamento indevido a título de IRPJ, a compensação com outros tributos e contribuições federais sob administração da Receita Federal é seu direito inarredável, consoante arts. 165, I e 170 do CTN, art. 66 da Lei nº 8.383/91, e art. 74, *caput*, da Lei nº 9.430/96, com redação da Lei nº 10.637/2002. Requer que sejam homologadas todas as compensações efetuadas com lastro no crédito pleiteado;
- Reconhecida a legitimidade do crédito pleiteado, este deve ser monetariamente atualizado. Negar a correção seria violar o princípio da isonomia, uma vez que os débitos para com a Receita Federal são atualizados mensalmente utilizando como índice a Selic;

[...]

A DRJ/BSB julgou improcedente a manifestação de inconformidade essencialmente porque o direito à restituição já havia decaído, conforme art. 3.º da Lei Complementar nº 118/2005, o que fez com que a Turma, ora recorrida, deixasse de analisar as questões afetas ao enquadramento da atividade do contribuinte como hospitalar, o pedido para proveito, em compensações com tributos, do crédito pleiteado, e correção monetária deste crédito, por perda de objeto. Conclui o Acórdão recorrido que o prazo para a restituição/compensação não é prescricional, que os órgãos julgadores administrativos tributários não podem examinar legalidade ou constitucionalidade das normas, e que não há nos autos qualquer recusa da RFB em suspender as exigências dos débitos, pois não há pedido de compensação que o permita, apenas pedido de restituição.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 23/06/2010, onde:

- a) Repete e reforça os argumentos para que seja admitido o percentual de 8 % em lugar de 32 %, quanto à apuração do lucro presumido dos períodos indicados no pedido de restituição, o que demonstraria que houve pagamentos a maior;
- b) Discorre sobre o direito à compensação;
- c) Defende a tese "5 + 5" com relação à decadência do direito de pedir restituição/compensação;
- d) Aponta ilegalidade do art. 3.º da Lei Complementar nº 118/2005;
- e) Pugna pela admissão da restituição e pela correção monetária do crédito;
- f) Assinala que os órgãos administrativos são competentes para julgar a inconstitucionalidade dos atos normativos, em respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, e ao direito de petição.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Angelo Abrantes Nunes, Relator.

O presente recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Passamos à análise dos fundamentos indicados para a reforma da decisão recorrida, conforme constam do recurso voluntário.

Mérito.

Decadência do direito à restituição/compensação.

O pedido de restituição sob exame foi apresentado após expirado o prazo decadencial para exercício do direito de pleitear restituição/compensação. Com essa conclusão, consideradas as razões que serão expostas adiante, deixa de haver sentido em examinar as contestações do recurso voluntário dirigidas à causa dos ditos pagamentos a maior, ao direito à compensação, à ilegalidade do art. 3.º da Lei Complementar n.º 118/2005, à correção monetária do crédito pleiteado, e à competência dos órgãos administrativos para julgar a inconstitucionalidade dos atos normativos, itens "a", "b", "d", "e" e "f" do relatório deste voto. O enfrentamento do item "c" será resolvido por aplicação de Súmula CARF, contra a qual o Conselheiro está impedido de se opor.

Pretende o recorrente combinar o artigo 142 com o 150, § 4.º, do CTN, para que sejam considerados os anos calendário 2012 e 2013 como os que contenham o prazo fatal para envio do pedido de restituição, em contraposição ao prazo ilustrado pela Turma recorrida como o mais estendido possível, que alcança o ano calendário 2007 e janeiro de 2008, tendo o referido colegiado salientado que o direito creditório apontado pelo recorrente diz respeito aos pagamentos que ocorreram entre abril de 2002 e janeiro de 2003, e o pedido de restituição fora transmitido em abril de 2008, mais de cinco anos após o último pagamento.

No caso de perda do direito de restituição/compensação da repetição de indébito, a mensuração do prazo tem sua contagem diferenciada conforme a data do pedido. Em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e pagos antecipadamente, o termo de início da contagem do prazo prescricional de 5 (cinco) anos começa a fluir (a) a partir da data da homologação tácita ou expressa do pagamento, no caso de a petição de indébito ter sido formalizada até 08/06/2005, ou (b) a partir da data do pagamento antecipado e indevido de

tributo, no caso de a petição de indébito ter sido formalizada a partir dessa data¹. Este é o entendimento constante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS², e na Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 561.908/RS³, que devem ser reproduzidos pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF⁴.

Nessa esteira foi publicada a Súmula CARF nº 91, cujo teor reproduzo abaixo:

Súmula CARF nº 91:

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Como o caso abrangido pelos autos se refere a Pedido de Restituição enviado em 28/04/2008 (e-fl. 2), bem após 08/06/2005, entende-se, na forma da jurisprudência vinculatória citada, decaído o direito de pleitear a restituição.

O recorrente traz no corpo de seu recurso vasta jurisprudência e doutrina anteriores às decisões do STF citadas, e que não vinculam este órgão julgador, motivo pelo qual deixam de ser consideradas. Os entendimentos jurisprudenciais somente se revestirão de observância obrigatória nas situações do já referido art. 62 do RICARF, e, quando a lei lhes atribua eficácia normativa, o que não se aplica ao presente caso⁵. A alegação relatada pela defendente, nesse formato, conseqüentemente, não está justificada.

No sentido de tudo que foi exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, mantendo-se *in totum* a decisão de primeira instância.

¹ 1 Fundamentação legal: arts. 165 e 168 do CTN e LC nº 118/2005.

² 2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário de nº 566621/RS. Ministra Relatora: Ellen Gracie. Plenário, Brasília, DF, 4 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566621.NUME.%20E%20RE.SCLA.%29&base=baseAcordaos&origemBusca=MeritoRG>>. Acesso em 05/10/2018.

³ 3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 561908/RS. Ministro Relator: Marco Aurélio. Plenário, Brasília, DF, 16 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+566621%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y9e8278b>>. Acesso em 05/10/2018.

⁴ Art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), Portaria MF nº 343/2015.

⁵ Fundamentação legal: art. 100 do Código Tributário Nacional e art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Processo nº 11080.004863/2008-95
Acórdão n.º **1002-000.573**

S1-C0T2
Fl. 209

É como voto.

(assinado digitalmente)
Angelo Abrantes Nunes - Relator.