



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11543.004946/2001-13
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1401-006.160 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de dezembro de 2021
Recorrente UNIAIR TAXI AEREO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1996

PER/DCOMP. TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO RELATIVA A TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO E PAGOS ANTECIPADAMENTE. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 566.621/RS (Tema nº 004), transitado em julgado em 17.11.2011, fixou o entendimento de que quando do advento da Lei Complementar nº 118, de 2005, 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. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118, de 2005, 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.

DECISÃO DO STF TOMADA EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL.

O CARF deverá observar as decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

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. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF (art. 72 do Anexo II do RICARF)

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, reconhecer de ofício a nulidade do despacho decisório, nos termos do voto do Relator, e determinar o retorno dos autos à Autoridade Administrativa para que proceda à reapreciação do pedido de restituição afastando o óbice da decadência.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Augusto de Souza Gonçalves - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Augusto de Souza Gonçalves, Carlos André Soares Nogueira, Cláudio de Andrade Camerano, Itamar Artur Magalhaes Alves Ruga, Daniel Ribeiro Silva, Andre Luis Ulrich Pinto, Andre Severo Chaves e Lucas Issa Halah.

Relatório

Trata-se o presente Processo do pedido de restituição de IRPJ e CSLL, cujos pagamento ocorreram em 27/09/1996 e 10/03/2000, no valor de R\$ 16.850,63.

O Contribuinte pretende repetir os tributos recolhidos nos DARFs a seguir listados:

CODIGO	P A	DT VENC	DT PGTO	TRIBUTO	JUROS	MULTA	TOTAL DARF
220	fev/95	31/03/95	27/09/96	278,44	83,53	140,86	502,83
2372	fev/95	31/03/95	27/09/96	108,14	32,44	54,71	195,29
2362	mar/95	08/04/95	10/03/00	10,17	2,03	12,97	25,17
220	abr/95	31/05/95	27/09/96	422,29	126,69	177,70	726,68
2372	abr/95	31/05/95	27/09/96	163,99	49,20	69,01	282,20
220	mar/96	30/04/96	27/09/96	2.849,84	854,95	253,35	3.958,14
2372	mar/96	30/04/96	27/09/96	5.938,46	1.781,54	527,93	8.247,93

O **Despacho Decisório** de fls. 40/42 consignou que:

“Embora não tenha instruído o processo com informações que explicassem ou demonstrassem a ocorrência de pagamento a maior ou indevido, bem como documentos probantes (exemplo: diário, razão, etc.), para deslinde do presente pleito não há necessidade de solicitação de informações adicionais e documentos probantes, pelos motivos mencionados a seguir.”

A despeito da consignação acima transcrita, entendendo irrelevante a prova do direito creditório, indeferiu a restituição pleiteada com base no fundamento de que teria se operado a decadência do direito, já que o pedido de restituição foi formulado em 04/12/2001 e, no entender da unidade de origem, a decadência se operaria dentro de 5 anos contados da data do pagamento indevido ou a maior, nos termos do artigo 168 do CTN.

Em sua **Manifestação de Inconformidade**, o contribuinte alegou a inocorrência da “prescrição” nos termos do RE 566.621 e da Súmula CARF nº 91, já na época com efeito vinculante à administração fazendária por força da [Portaria MF nº 277](#), de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018, pelos quais o prazo para repetição de tributos seria de 10 anos, 5 anos da data de homologação do pagamento (a famosa tese dos 5+5).

O **Acórdão Recorrido** confirmou a decisão adotada no Despacho Decisório em sua totalidade, mas apenas em maior parte fundamentou-a na decadência. Isso porque, muito embora tenha consignado que o pedido relativamente ao pagamento de IRPJ sob o código 2362 ocorrido em 10/03/2000, no valor de R\$ 25,17, não teria sido atingido pelo instituto da “prescrição”, ainda assim não reconheceu o direito creditório pois *“não consta neste Processo documentos que demonstre a liquidez e certeza deste crédito.”*

Cientificado em 11/02/2020, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em 17/02/2020, reiterando os argumentos postos na Manifestação de Inconformidade acerca da decadência e consignando que as declarações do contribuinte anexas nos autos confirmariam que ele não teria apurado lucro tributável, confirmando o direito à restituição.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Lucas Issa Halah, Relator.

1 - Admissibilidade

Inicialmente, reconheço a competência deste Colegiado para apreciação do Recurso Voluntário, na forma do art. 2º da Portaria MF nº 343/2015 (Regimento Interno do CARF).

No mais, observo que o recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

2 - Mérito

A lide trazida à relatoria deste Conselheiro tem como objeto **(i)** a avaliação da ocorrência do decurso do prazo para pleitear o direito à restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior, em virtude do decurso do prazo de 5 (cinco) anos, entre seu pagamento e a apresentação da requisição à Administração Tributária, e **(ii)** avaliação acerca da comprovação do pagamento indevido ou a maior de uma das guias listadas no despacho decisório, a única paga em 10/03/2000.

O contribuinte argui que o prazo para a restituição seria de 5 anos contados da extinção do crédito tributário ocorrida pela homologação (no caso tácita) do pagamento, ou seja, defende a conhecida tese dos 5 + 5, enquanto a DRJ encampou a tese oposta, cuja aplicação só é possível após o decurso da *vacatio legis* da LC 108/2005.

A questão encontra-se superada pela Súmula CARF nº 91, de observância obrigatória ao CARF, como também de **observância obrigatória a toda a administração tributária, mandamento que foi desrespeitado pela DRJ inobstante ter o contribuinte suscitado a aplicação da súmula em sua Manifestação de Inconformidade, já na época de observância obrigatória.**

“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).”

Independentemente da Súmula CARF nº 91, o entendimento também é de observância obrigatória pelo CARF por ter sido firmado pelo STF sob o regime da repercussão geral, no RE 566.621 (Tema de nº 4), ocasião na qual se reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 4º, segunda parte, da LC 108/05 aos pedidos de restituição formulados antes da *vacatio legis* da LC 108/05, dado que a LC 108/05 não foi tida como meramente interpretativa. Vejamos a tese firmada:

“É inconstitucional o art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, de modo que, para os tributos sujeitos a homologação, o novo prazo de 5 anos para a repetição ou compensação de indébito aplica-se tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”

Vejamos, ainda a ementa:

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.

À luz do entendimento acima, entendo que não só o pleito do contribuinte foi realizado dentro do prazo, não restando fulminado pela decadência, como que **o Acórdão Recorrido é nulo**, pois, ao deixar de aplicar entendimento ao qual encontra-se vinculada a administração tributária já na época da prolação do Acórdão Recorrido, provocou o cerceamento

do direito de defesa do contribuinte, que não teve seu direito creditório adequadamente analisado na instância *a quo*.

Vale ressaltar, não obstante a breve análise realizada pelo Despacho Decisório acerca da comprovação do direito creditório tenha apontado ausência de documentação comprobatória suficiente (como os Livros Razão e Diário), e muito embora estejam ausentes dos autos até mesmo a DIPJ do contribuinte (a qual demonstraria a apuração do IRPJ e CSLL do período e que a própria origem poderia ter analisado e juntado aos autos — art. 37 da Lei nº 9.784/99) para confirmar o direito creditório, entende este Conselheiro que a nulidade em questão não pode ser superada.

Isso porque, em termos processuais, o Despacho Decisório que negou a restituição pretendida e o Acórdão Recorrido que a confirmou foram, efetiva e processualmente, fundamentados no decurso de prazo superior a 5 (cinco) anos entre pagamento e apresentação de pleito de restituição.

À exceção de um único pagamento feito 10/03/2000 (de valor original R\$ 10,17) com relação ao qual o Acórdão Recorrido entendeu não haver o decurso de prazo e laconicamente afirmou que “*não consta neste Processo documentos que demonstre a liquidez e certeza deste crédito*”, não se analisou o direito creditório e, mesmo neste caso, o Dispositivo do Acórdão Recorrido faz menção apenas ao tema da decadência.

Eventual abordagem alternativa que permitisse a análise de mérito neste momento só teria e geraria efeitos se tal *prejudicial* tivesse sido superada com relação a todos os pagamentos que o contribuinte deseja repetir, e o tema fosse apreciado no mérito pela Turma Julgadora – o que não ocorreu.

Assim, é ineficaz tal apreciação neste momento e geraria muita insegurança à Contribuinte superar agora a questão da *decadência* de seu direito de restituição, mas entender que houve a devida apreciação do mérito por um Acórdão fundamentado na decadência para a maior parte do direito creditório.

Correto, então, é reconhecer de ofício a nulidade do Acórdão Recorrido, por tratar-se de matéria de ordem pública, e determinar a prolação de novo Acórdão pela DRJ que respeite o enunciado da Súmula CARF nº 91, especialmente diante da ausência de elementos que permitam, neste momento, superar a nulidade em questão pelo artigo 59, § 3º do Decreto nº 70.235 apreciando a documentação comprobatória do direito creditório.

Neste sentido, podemos mencionar o Acórdão CARF nº 1402-004.217 de 11 de novembro de 2019, que no entanto entendeu haver naquele caso elementos suficientes à comprovação do direito creditório que permitiriam superar a nulidade.

Eventuais outras alegações do contribuinte restam assim prejudicadas, e serão apreciadas por este CARF caso do novo Acórdão a ser proferido pela DRJ seja interposto recurso.

3 - Dispositivo

Pelo exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário para suscitar e reconhecer de ofício a nulidade do Acórdão Recorrido por cerceamento do direito de defesa decorrente do desrespeito, pela DRJ, à Súmula CARF nº 91, vinculante à toda a administração tributária, determinando o retorno dos autos para apreciação do pedido de restituição afastando o óbice da decadência. Ressalto, contudo, que tratando-se de pedido de restituição, a nulidade não implicará o necessariamente o reconhecimento do crédito tributário.

(documento assinado digitalmente)

Lucas Issa Halah