MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

CÓPIA

Processo nº	13883.000339/98-65
Recurso nº	Extraordinário
Acórdão nº	**9900-000.851 – Pleno**
Sessão de	09 de dezembro de 2013
Matéria	FINSOCIAL
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Recorrida	DOKAR VEÍCULOS PEÇAS E SERVIÇOS LTDA

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/07/1989 a 30/09/1991

Ementa: FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". APLICAÇÃO DO ARTIGO 62-A DO RICARF. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ.

Nos termos do artigo 62-A do Regimento Interno do CARF, 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 543C 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.

No presente caso, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendeu, quanto ao prazo para pedido de restituição de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), que o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a chamada tese dos "cinco mais cinco" (REsp 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, PrimeiraSeção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, determinando o retorno à unidade de origem para análise do direito creditório, nos termos do voto do Relator.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Redator designado.

Carlos Alberto Freitas Barreto - Presidente

CÓPIA

EDITADO EM: 17/12/2015

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann, Marcos Aurélio Pereira Valadão, José Ricardo da Silva, Francisco Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Junior, Valmar Fonseca de Menezes, Valmir Sandri, Jorge Celso Freire da Silva, Karem Jureidini Dias, Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Maria Helena Cotta Cardozo, Gustavo Lian Haddad, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Joel Miyasaki, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Júlio César Alves Ramos e Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva.

Relatório

Cuida-se de recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional (fls. 213 a 231) contra o v. acórdão proferido pela Colenda Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 202 a 209) que, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, determinando o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de origem para apreciação do mérito.

A presente hipótese trata de pedido de restituição, formulado em 12/08/1998, de parcelas pagas a título de contribuição para o FINSOCIAL de setembro de 1989 a julho de 1991 (fls. 01 a 21). Referida solicitação foi indeferida, inicialmente, através do r. Despacho Decisório de fls. 67 a 69, tendo sido apontado como razão de decidir o transcurso do prazo previsto no artigo 168, inciso I, do CTN.

A ementa do v. acórdão recorrido, impugnado através do presente recurso extraordinário, é a seguinte:

> *ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES*
>
> *FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.*
>
> *É entendimento deste Colegiado que o prazo para pleitear a restituição dos valores pagos a título de Contribuição para o Finsocial com alíquotas superiores a 0,5% é de cinco anos contados da data da edição da MP n° 1.110, em 31/08/95.*
>
> *Ressalvada a posição desta Relatora, ao entender que somente os pleitos protocolados até a edição do Ato Declaratório SRF n° 96, em 30/11/99, que alterou o entendimento contido no Parecer COSIT n° 58, de 27/10/98, devem ser considerados tempestivos.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Recurso Especial do Procurador Negado.

Irresignada, a Fazenda Nacional interpôs o já mencionado recurso extraordinário, apontando, em síntese, que o direito de pleitear a restituição de tributo indevido, pago espontaneamente, prescreve com o recurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, sendo irrelevante que o indébito tenha por fundamento a inconstitucionalidade ou simples erro.

Para tanto, apresentou como paradigma v. acórdão proferido pela Colenda Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, da relatoria da Ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo.

O recurso foi admitido através do r. despacho de fls. 234 a 236.

Contrarrazões às fls. 243 a 256.

É o relatório

Voto

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Conselheiro Redator designado.

Preliminarmente, ressalto que o conselheiro Rodrigo Cardozo Miranda relator original não é mais conselheiro do CARF, porém deixou a minuta de voto, apenas não pode assiná-lo. Diante desse quadro, fui designado como redator *ad hoc.*

Reproduzo as razões de decidir do relator original, *verbis:*

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No tocante ao prazo para restituição de indébito, é de se destacar, inicialmente, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou quanto à matéria na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, ou seja, através da análise dos chamados "recursos repetitivos".

O precedente proferido tem a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA.

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; 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 lei nova.

3. 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 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. 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, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo " os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...)... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria delta retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

*5. 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*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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.").

6. Desta sorte, 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.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição qüinqüenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instância ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1002932/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009)

Com isso, restou consolidado no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça a chamada tese dos "cinco mais cinco".

O Regimento Interno do CARF, por sua vez, na redação dada recentemente pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010, tem os seguintes comandos nos seus artigos 62 e 62-A:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n° 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n° 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n° 73, de 1993.

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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Verifica-se, assim, que a referida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Conforme relatado acima, a presente hipótese trata de pedido de restituição, formulado em 12/08/1998, de parcelas pagas a título de contribuição para o FINSOCIAL de setembro de 1989 a julho de 1992 (fls. 01 a 21). Aplicando-se a tese dos "cinco mais cinco", depreende-se que o termo final para a formulação do pedido de restituição seria em setembro de 1999 e julho de 2001, respectivamente.

Como o pedido de restituição ora em apreço foi apresentado em 12/08/1998, considerando a tese dos "cinco mais cinco", e tendo em vista especificamente as parcelas referentes a setembro de 1999 a julho de 1991, ele afigura-se tempestivo.

Por conseguinte, em face de todo o exposto, e com arrimo no artigo 62-A do RICARF, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional, com retorno para os órgãos a quo para que seja proferida decisão quanto ao mérito do pedido de restituição e respectivas compensações.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foram esses os fundamentos jurídicos e legais utilizados pelo relator original para negar provimento ao recurso extraordinário.

Gilson Macedo Rosenburg Filho - Redator designado

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 17/12/2015 por GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO, Assinado digitalmente em 18/12/2015 por CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Impresso em 05/01/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA