



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

Processo n° 10875.001926/00-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-003.724 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de maio de 2018
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO
Recorrente SENAP DISTRIBUIDORA DE VEICULOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1990 a 31/01/1992

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PAGAMENTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005.

O prazo para repetição de indébito, para pedidos formulados até 08 de junho de 2005, é de 10 anos, contados da ocorrência do fato gerador do tributo pago indevidamente ou a maior que o devido (tese dos 5 + 5), conforme jurisprudência pacífica do STJ e STF, com a inconstitucionalidade parcial do art. 4º da LC nº 118/2005.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/1990 a 31/01/1992

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO. DARF E GUIAS DE DEPÓSITO JUDICIAL. TRANSITO EM JULGADO DE AÇÃO JUDICIAL. ÔNUS DO CONTRIBUINTE

Vedada a restituição de indébito cujo provimento judicial favorável não restar comprovado com as peças judiciais e o trânsito em julgado de respectivas ações.

É ônus do contribuinte comprovar o direito creditório informado em pedidos de restituição suportados em DARFs e Guias de Depósitos Judiciais.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente

(assinado digitalmente)

Paulo Roberto Duarte Moreira - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza, Marcelo Giovanni Vieira, Tatiana Josefovicz Belisario, Paulo Roberto Duarte Moreira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Correia Lima Macedo, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

O interessado acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP.

Por bem descrever os fatos ocorridos, até então, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

Em 15/06/2000 a contribuinte em epígrafe protocolou o pedido de fl. 01, pelo qual pleiteia a restituição de R\$ 2.750.262,77 relativos ao Finsocial apurado no período de janeiro de 1990 a janeiro de 1992, conforme planilha de fl. 07. Cópias dos DARFs que subsidiam o pedido foram juntadas às fls. 08/28, assim como comprovantes de depósitos judiciais de fls. 29/32.

Na peça que acompanha o Pedido, fls. 02/03, a contribuinte requer a restituição e compensação do FINSOCIAL com COFINS, vencido, caso haja em época, e com COFINS a pagar, por se tratar de empresa comercial, de acordo com seu objetivo social, conforme consta em cópia anexa do Contrato Social [...] tendo em vista tratar-se de matéria transitada em julgado e de acordo com o acórdão, o acréscimo que excede 0,5 do FINSOCIAL, no período de 01/90 a 03/92, é plenamente compensável e trata-se de matéria normatizada pela IN/SRF 032/97, solicita o imediato aproveitamento do crédito através de compensação e o reconhecimento dos cálculos ora apresentados.

No curso do exame do pedido, o chefe do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário (Secat) da Delegacia de origem, em expediente de fl. 122, anota que pesquisa no TRF da 3ª Região (fls. 105/121), apontou que a interessada figura como pólo ativo em vários processos referentes ao Finsocial.

Mediante a intimação de fls. 124, datada de 11/05/2005, solicitou-se da contribuinte a apresentação, no prazo de dez dias, da documentação relacionada à demanda judicial (cópias de sentença, votos, acórdãos, trânsito em julgado e certidão de objeto e pé). A interessada, em 13/06/2005, solicitou prazo adicional de trinta dias para cumprir o solicitado.

Em 22/10/2005, o chefe do Seort da Delegacia local, acatando parecer de fls. 127/130, decidiu pelo não reconhecimento do direito creditório pleiteado. Como fundamento ao indeferimento do pedido, a autoridade relacionou (i) a expiração do prazo

para a formulação do pleito de restituição em razão do transcurso de mais de cinco anos da data dos pagamentos supostamente indevidos; (ii) a renúncia à discussão da matéria na esfera administrativa em razão da instauração de ação judicial e (iii) a ausência de documentação que comprove o trânsito em julgado do crédito em favor do sujeito passivo, condição para o reconhecimento de direito creditório ou efetivação de compensação na esfera administrativa.

Cientificada da decisão em 29/12/2005, em 23/01/2006 a contribuinte protocolou a Manifestação de Inconformidade de fls. 135/144, na qual alega, em suma, que o pleito de restituição foi formalizado dentro do prazo de cinco anos contados dos atos administrativos que reconheceram o caráter indevido do Finsocial cobrado com excesso de alíquota, a saber, a Instrução Normativa SRF nº 31, de 1997 e nº 006, de 2000.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP, por intermédio da 3ª Turma, no Acórdão nº 05-19.425, sessão de 24/09/2007, julgou improcedente a manifestação de inconformidade do contribuinte. A decisão foi assim ementada:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/1990 a 31/01/1992

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

RESTITUIÇÃO. GUIAS DE DEPÓSITO JUDICIAL.

Depósitos judiciais são valores administrados pela Justiça Federal e somente o juízo competente pode cogitar da sua destinação como renda da União ou autorizar o levantamento pelo depositante.

O acórdão recorrido enfrentou a única matéria de defesa versada na manifestação de inconformidade para ao final não reconhecer o direito creditório, indeferindo o pedido de restituição do Finsocial, por estar extinto o direito em razão do transcurso de prazo de mais de 5 (cinco) anos entre as datas do recolhimento e do pedido.

Quanto às guias de depósitos judiciais (fls. 29/32) o voto condutor sustentou a falta de competência para o Colegiado se pronunciar pois são atinentes à esfera Judicial e não passíveis de restituição ou compensação.

Cientificada da decisão de primeira instância, a contribuinte interpôs Recurso Voluntário no qual repisa o mesmo texto de sua impugnação, acrescentando tão-só argumento no sentido de que não há que se invocar a Lei Complementar nº 118/2005 para advogar o

entendimento de que o prazo de restituição seria de 5 anos (e não "5 mais 5") após o pagamento.

De se atentar que a matéria prescrição do prazo para repetição do indébito fora a única suscitada no recurso voluntário, nenhum argumento de defesa foi desenvolvido acerca das ações judiciais.

Submetido a julgamento, em Turma extinta deste CARF, na sessão de 21/05/2009, decidiu seus conselheiros em converter o julgamento em diligência para que a Unidade de Origem intimasse a contribuinte a apresentar cópias das iniciais, decisões prolatadas, certidões de trânsito em julgado e narratórias dos processos judiciais possuídas sobre o tema.

O relator fundamentou sua proposta por entender a imprescindibilidade dos documentos à vista de guias de depósitos judiciais apresentados para os quais se pleiteiam o crédito a ser restituído e que, até aquele momento, conquanto intimada, a contribuinte quedou-se inerte.

Cumprida a diligência na Unidade de Origem, a recorrente apresentou apenas cópias de extrato de consulta processual na página da internet da Justiça Federal de 1º grau de São Paulo, a qual, com os argumentos de pesquisa fornecidos, o resultado não apresentou qualquer ação judicial cujo assunto seja "FINSOCIAL". O resultado encontra-se às folhas 239 a 254.

No requerimento de apresentação dos extratos de consulta processual, a recorrente assim se manifestou (fl. 231):

Vale dizer, nada obstante a informação do Fisco sobre os referidos processos judiciais, em realidade esses indigitados feitos, e com a devida vênia, não constam dos registros da Intimada, muito menos na base de dados do Tribunal Federal (docs. 04/05).

Neste desenrolar a diligência fiscal resta despicienda, devendo ser reenviada ao Conselho para posterior julgamento do Recurso, não sem antes certificar-se que não existe qualquer prejudicialidade à instância administrativa por inexistência de concomitância de ação judicial a este processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Duarte Moreira, Relator

O Recurso Voluntário atende aos requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

No seu recurso, a contribuinte repisa sua impugnação contestando apenas a manutenção do despacho decisório no tocante à caducidade de seu direito à repetição do indébito.

Mais a mais, como bem apontado na decisão da DRJ, a contribuinte não contestou os dois outros fundamentos de indeferimento do Pedido de Restituição, a saber, (a) a renúncia à discussão na esfera administrativa em razão de impetração de ação judicial e (b) falta de comprovação do trânsito em julgado de decisão que confirmasse o crédito do sujeito passivo frente à Fazenda Pública.

Importa inicialmente fixar algumas premissas:

1. Embora no requerimento inicial faz-se referência à compensação com débitos de Cofins, não se trata de tal pedido, apenas de restituição, uma vez que não há requerimento formalizado em tal sentido com a indicação dos débitos a serem quitados com o pretense direito creditório.

2. Ainda na esteira do exposto anteriormente, não se tem notícia nos autos de que a contribuinte tenha efetuada a compensação nos termos previsto no art. 66 da lei nº 8.383/1991 e preconizada no art. 14 da IN SRF nº 21/1997, a qual permitia a compensação independentemente de requerimento - autocompensação escritural -, cumpridas as demais exigências e limitações ao procedimento.

3. O direito creditório tem por fundamento a inconstitucionalidade da majoração de alíquota do FINSOCIAL superior a 0,5%, para as empresas comerciais e mistas, que foi declarada, ainda que em controle difuso, pelo STF no RE nº 150.764/PE, decisão publicada em 16/02/1993, e reconhecida pela Administração na edição da MP nº 1.110/95, publicada a 31/08/1995, conferindo, assim, efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte exarada em sede de Recurso Extraordinário, com efeito *inter partes*.

Com essa introdução, entendo que o litígio versaria apenas quanto à matéria decadência (ou prescrição, para outros) do direito à repetição do indébito.

Contudo não se pode ignorar o julgamento anterior em que o colegiado, por unanimidade de votos, decidiu convertê-lo em diligência justamente para conceder uma nova oportunidade ao contribuinte a trazer aos autos as peças processuais de suas Ações Judiciais no tocante ao Finsocial para comprovar seu direito creditório ou demonstrar inexistência de óbice, tendo em vista estar patente a existência de tais Ações.

Assim, em homenagem ao princípio da verdade material, pois incontestes a existência de ações judiciais acerca de Finsocial em que a contribuinte seja parte, o presente voto enfrentará duas matérias: (i) a decadência (ou prescrição, para outros) do direito à repetição do indébito, e (ii) a natureza das ações judiciais apontadas nos autos, que versam sobre o Finsocial e que implicariam a concomitância de objeto entre os processos judicial e administrativo e/ou comprovariam - ou não - o direito ao crédito.

Prescrição do pedido de restituição

O pedido de restituição foi inicialmente analisado pela DRF em Guarulhos/SP que o indeferiu sob o fundamento de que na data da sua formalização o direito da interessada repetir os indébitos reclamados encontrava-se alcançado pela decadência, nos termos dos arts. 150 § 4º, 165, I e 168, I, do CTN observado o disposto no Ato Declaratório SRF nº 96/1999, conforme consta do Despacho Decisório nº 319/2005 (fls. 117/120). Firmou-se então o Fisco na tese de que o pedido de restituição deve se dar dentro do prazo de 5 anos do pagamento indevido ou a maior.

A manifestação de inconformidade interposta contra aquela decisão foi julgada improcedente pela DRJ, sob o mesmo fundamento legal no qual a DRF exarou o despacho decisório recorrido, ou seja, o indébito estava alcançado pela decadência.

Irresignada, a contribuinte interpôs recurso voluntário, requerendo a reforma da decisão *a quo*, para que lhe fosse deferida a restituição dos valores pleiteados sob fundamento de que o pedido foi formalizado dentro do prazo de 5 (cinco) anos contados do ato administrativo que reconheceu o caráter indevido de Finsocial, outrossim, não se aplicaria o entendimento esposado de que a Lei Complementar nº 118/2005 determinou o prazo de restituição em 5 anos (e não "5 mais 5") após o pagamento. A tese da contribuinte é pois que o direito à repetição do indébito é de 5 anos a contar do ato estatal de reconhecimento da inconstitucionalidade (no caso, entende ser as INs 31/97 e 06/00).

A matéria gerou ampla controvérsia na jurisprudência do Poder Judiciário e deste Conselho. As teses defendidas pelo fiscalização/DRJ e pelo contribuinte eram acolhidas na doutrina e em decisões administrativas e judiciais; todavia, atualmente, encontra-se pacificada em ambas as esferas e as duas teses superadas.

É verdade que prevalecera fortemente a tese de que o termo inicial do prazo para a repetição do indébito era a data do pagamento do tributo, sobretudo após a edição da Lei complementar nº 118/2005, *verbis*:

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.

No entanto, o STJ firmou entendimento de que o preceito da parte final do art. 4º da LC nº 118/2005, encontra-se maculado por vício de inconstitucionalidade, não se cogitando na aplicabilidade retroativa do disposto no artigo 3º, consoante esculpido Recurso Especial nº 1.002.932/SP.

Em síntese, posicionou-se aquele Tribunal no sentido de que, no caso de repetição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo prescricional para protocolizar o pedido, após o advento da LC nº 118/05, conta-se da seguinte forma:

1) Pedidos efetuados antes da LC 118/2005 (até 08/06/2005) – Prazo de 10 (dez) anos – tese dos "5 + 5", contados da ocorrência do fato gerador, limitado ao período máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova;

2) Pedidos realizados após a vigência da LC 118 (09/06/2005) – Prazo de 05 (cinco) anos a contar da data do pagamento indevido;

Corroborando a posição do STJ, o Supremo Tribunal Federal, pacificou a matéria, ratificando a inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da LC nº 118/2005,

mantendo, portanto, o prazo prescricional com base na tese dos 5 + 5 para nos casos de recolhimentos indevidos ocorridos anteriormente à vigência do aludido diploma legal. Sua decisão foi exarada no Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, julgado sob a sistemática do rito previsto no artigo 543-B do antigo Código de Processo Civil.

A ressalva imposta pelo STF foi de que a LC nº 118/05 poderá ser aplicado às "ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005."

Aos julgadores do CARF impõe-se a aplicação do que restar decidido pelo STJ e STF na sistemática do arts. 543-B e 543-C, do antigo CPC, a teor do que prescreve o disposto no caput do art. 62 da Portaria MF nº 343/2015 - RICARF¹

Com base nesse entendimento, tendo em vista os recolhimentos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, e considerando que o Pedido de Restituição foi apresentado em **15/06/2000**, tem-se que, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de **junho/1990** a **janeiro/1992**, a título de Contribuição para o FINSOCIAL, não foram alcançados pela prescrição, portanto, se confirmado o recolhimento a maior, os valores apurados são passíveis de restituição ou compensação.

Outra sorte não goza os recolhimentos pertinentes aos fatos geradores ocorridos entre janeiro/1990 a maio/1990, pois ultrapassado o prazo decenal para o exercício do direito à repetição do indébito.

Ações Judiciais - Finsocial

A existência de ações judiciais em que a recorrente seja parte e versam sobre o Finsocial é inconteste, conquanto a contribuinte negue-a.

O primeiro documento colacionado aos autos que dão conta de Ação Judicial acerca do Finsocial foi da própria contribuinte.

Trata-se de uma cópia de petição endereçada ao Juiz da 20ª Vara Federal em São Paulo, com referência ao processo 91-0720867-7 (fl. 22), com requerimento de juntada de demonstrativo de faturamento do mês de janeiro de 1992, período este cujo pretensão valor recolhido ou depositado integra a planilha demonstrativa dos valores que se pede restituição.

Nos autos, em dois momentos a contribuinte nega peremptoriamente a existência desta e quaisquer outras Ações Judiciais sobre Finsocial: (i) à folha 09 consta "DECLARAÇÃO" assinada por diretor comercial declarando em relação ao Pedido de Restituição "... que o respectivo valor não foi restituído e nem será formulado pedido de

¹ 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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

(...)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

(...)

b) Decisão definitiva 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)

restituição, e ainda, que o mesmo não está sendo questionado administrativamente e nem encontrando sob *judice*."; posteriormente, (ii) na resposta à intimação para atender à diligência informa "... Vale dizer, nada obstante a informação do Fisco sobre os referidos processos judiciais, em realidade esses indigitados feitos, e com a devida vênia, não constam dos registros da Intimada, muito menos na base de dados do Tribunal Federal (docs. 04/05)."

Na tentativa de "comprovar" a inexistência de ações judiciais sobre Finsocial, a contribuinte traz em atendimento à diligência cópias de extrato de consulta também efetuada na JF/SP, mas que em razão do argumento de pesquisa informado - estranhamente, o do número do CPF (de quem?) e de autor -, o resultado fora 3 ações com objetos distintos de Finsocial. Outra pesquisa, também com o argumento "CPF" e na condição de autor ou réu, retornou 29 processos, dos quais 16 referem-se à execução fiscal, e os 13 restantes de assuntos diversos, porém, nenhum acerca do Finsocial.

Com tais informações, a recorrente entende por comprovado a inexistência de quaisquer ações judiciais da qual seja parte que verse sobre Finsocial

Verifica-se da Planilha demonstrativa dos valores que a recorrente pede restituição a indicação dos períodos de nov/91, dez/91 e jan/92, com as respectivas Guias de Depósitos Judiciais (fls. 29/31), como pretensa prova de recolhimento indevido para restituição.

Pois bem, em que pese a declaração firmada (fl. 09) "sob as penas previstas em Lei" no tocante ao compromisso de que nenhum dos valores consignados no Pedido não seriam, nem foram, objeto de restituição em pedido distinto, tampouco de questionamento administrativo ou judicial, a situação fática e verdadeira é outra: esses mesmos períodos/valores foram objeto de pedido análogo de restituição formalizado no processo nº 10875.004023/00-02, no qual formalizou Pedido de Restituição, protocolizado em 27/11/2000, com planilha (fl. 09) e Guias de Depósito Judiciais (fls. 10/15) de idênticos valores e todos com mesma petição endereçadas ao Juiz da 20ª Vara Federal/SP, no mesmo processo nº 91-0720867-7.

Como se vê, resta comprovado a existência de Ações Judiciais cujo pedido imediato é a restituição do indébito do Finsocial até o mês de janeiro/1992, que para efeitos de possível restituição em processo administrativo carece da comprovação do reconhecimento e a concessão do direito creditório por meio da prolação de sentença/acórdão do Poder Judiciário, com o atributo de definitividade, ou seja, com seu trânsito em julgado.

In casu, a recorrente não comprovou a concessão do direito creditório, nem o trânsito em julgado das Ações Judiciais pertinentes - que tratam de restituição de valor supostamente pago a maior - tal como ressaltado alhures que em resumo, ônus do qual não se desincumbiu.

Conclusão

A ausência das peças judiciais requeridas e não apresentadas na baixa para diligência são suficientes à negativa de provimento ao recurso voluntário, assim como a constatação da autoridade administrativa prolatora do despacho decisório caracterizou-se fundamento ao indeferimento do Pedido de Restituição.

Processo nº 10875.001926/00-97
Acórdão n.º **3201-003.724**

S3-C2T1
Fl. 267

Ademais e ao final, irrelevante ao deslinde do litígio a decisão proposta em relação à prescrição dos indébitos do Finsocial pois superada pela falta de comprovação do trânsito em julgado de decisão que confirmasse o crédito do sujeito passivo frente à Fazenda Pública.

Por tudo ante exposto, voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso voluntário em razão da falta de comprovação da concessão do direito creditório, bem como o trânsito em julgado das Ações Judiciais pertinentes.

Paulo Roberto Duarte Moreira