



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

Processo n° 13706.003055/00-12
Recurso n° 237.799 Voluntário
Acórdão n° **3102-01.327 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de janeiro de 2012
Matéria Finsocial - Compensação
Recorrente LA MOLE SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/1989 a 01/04/1992

Concomitância. Efeitos

A proposição de ação com objeto diverso do debatido na via administrativa não gera concomitância.

Consequentemente, deve o recurso ser conhecido.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 01/04/1992

Prazo Para Restituir Tributos Declarados Inconstitucionais

Após a decretação da inconstitucionalidade da parte final do parte final do art. 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005, em observância ao art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e à orientação jurisprudencial assentada no REsp 1002932 / SP, o prazo para pleitear a compensação ou restituição de tributos declarados inconstitucionais se extingue após o prazo de cinco anos, contados da homologação do lançamento.

Recurso Voluntário Parcialmente Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, para afastar a prejudicial de decadência do direito de pleitear a restituição/compensação de recolhimentos posteriores a 24/11/1990 e devolver o processo ao órgão julgador de origem, para que sejam apreciadas as demais questões de mérito.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ricardo Rosa, Álvaro Almeida Filho, Winderley Moraes Pereira, Luciano Pontes de Maya Gomes, Leonardo Mussi e Luis Marcelo Guerra de Castro. Ausente, justificadamente, a Conselheira Nanci Gama.

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Trata o presente processo de DCOMP'S, originalmente protocolizadas como pedidos de compensação de créditos de Finsocial, recolhidos a maior no período de 01/02/89 a 01/04/92, num total de R\$ 1.890.194,89, com débitos do PIS e da Cofins.

A autoridade fiscal indeferiu o pedido (fls. 157/159), sob o argumento de que ocorreu a decadência, uma vez que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário, com base nos artigos 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172 e no Ato Declaratório SRF nº 96/99.

O interessado contestou o despacho decisório que indeferiu seu pleito (fls. 164/166), argumentando, em síntese, que:

- a) A compensação em questão decorre da ação proferida na ação declaratória nº 92.0046156-5, na qual a suplicante requereu a declaração de inconstitucionalidade da cobrança do Finsocial em alíquotas majoradas ao percentual de 0,5%;*
- b) A decisão de 1ª instância julgou procedente o pedido, e tal pedido foi confirmado pelo TRF na decisão;*
- c) O processo foi encaminhado ao E. STJ que manteve o entendimento favorável à suplicante, e esta decisão transitou em julgado;*
- d) Sem embargo a Fazenda Nacional havia também recorrido ao E. STF, mas este confirmou o entendimento de que para as empresas comerciais, como é o caso da suplicante, as contribuições para o Finsocial deveriam ser recolhidas na alíquota de 0,5%;*
- e) Esta decisão transitou em julgado em 12/09/2000, tendo o processo baixado em consequência à instância singular;*
- f) O presente pedido foi formulado em 2000, um ano apenas após o trânsito em julgado da decisão que validou o pedido de reconhecimento da tributação indevida;*
- g) O entendimento da E. Câmara Superior de Recursos Fiscais, consolidado no acórdão proferido no recurso 104.304 é*

no sentido e que o termo inicial dos pedidos de restituição se conta a partir do trânsito em julgado da decisão beneficiou o contribuinte, e não data do pagamento indevido;

h) O recolhimento do tributo é certamente uma pré-condição econômica do pedido de restituição, mas o seu fundamento legal é a declaração de inconstitucionalidade conseqüente no caso da decisão judicial proferida no curso da lide e que transitou em julgado apenas em 2000, i.é., um ano antes da data em que a restituição foi pretendida;

i) Note-se apenas para que não passe sem reparo, que não se aplica ao caso a Lei Complementar 118, que atinge somente processos requeridos após 09/06/05.

j) Até lá vigora a jurisprudência que conta em dobro o prazo de 5 anos previsto para a recuperação dos tributos pagos no regime de lançamento por homologação, tese que se aplicada no caso, daria também pela integral tempestividade do pedido.

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão de piso pela manutenção do indeferimento do pedido de compensação, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/02/1988 a 01/04/1992

Ementa: PEDIDO ADMINISTRATIVO. AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

Não pode a Administração se manifestar sobre questão já decidida pelo Poder Judiciário, incidindo-lhe o princípio da unidade de jurisdição.

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a recorrente mais uma vez ao processo para, em sede de recurso voluntário, essencialmente, reiterar as alegações manejadas por ocasião da instauração da fase litigiosa e contestar a acusação de que se dedicaria à prestação de serviços.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta à competência desta Terceira Seção

Inicialmente, cumpre destacar que, razão assiste ao Sujeito Passivo quando se insurge contra as conclusões do r. órgão julgador *a quo* acerca da alegação de que se dedicaria à prestação de serviços e, como tal, tivera seu pleito negado junto ao Pretório Excelso.

De fato, não consta dos autos qualquer elemento que demonstre a realização de atividade diversa da de restaurante e, esta, como é cediço, insere-se no conceito de comércio de mercadorias e não do de prestação de serviços.

Ademais, cabe destacar que esse fundamento não foi considerado para efeito da denegação do pedido de compensação pela Autoridade de Jurisdição. Assim, suscitá-lo de ofício representaria inovação na fundamentação e, conseqüentemente, cerceamento do direito de defesa. Deixo de reconhecer os efeitos de tal falha em observância ao § 3º do art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972¹.

Com efeito, conforme se extrai do Parecer Conclusivo às fls. 157 a 159, ratificado pelo Despacho Decisório às fl.160, o fundamento para denegação do pedido, naquela oportunidade, seria exclusivamente a decadência/prescrição do direito de pleitear restituição.

Para chegar a tal conclusão, concluiu a autoridade que sujeito passivo, a par de ter obtido sucesso na Ação Declaratória nº 92.0046156-5, onde postulara a declaração da inexistência da relação jurídico tributária que a obrigasse a recolher o Finsocial em alíquota superior a 0,5% (meio por cento), não ajuizara ação de conteúdo condenatório que obrigasse a União a restituir os valores pagos.

Conseqüentemente, seu pedido de compensação estaria sujeito ao regime inerente a qualquer pedido administrativo, inclusive no que se refere ao prazo para sua apresentação.

Nessa linha, aplicar-se-ia ao caso concreto o regime da Lei Complementar nº 118, de 2005, que fixa o dia do pagamento (e da extinção) como *dies a quo*, juntamente com o do art. 168 do CTN, que fixa o encerramento do quinquênio posterior à extinção como *dies ad quem* do prazo para pleitear restituição.

Assim, tendo em vista que se tratam de recolhimentos realizados entre 1989 e 1992 e que o pleito somente foi formulado em novembro de 2000, operara-se a decadência/prescrição do direito de pleitear compensação.

Contra tais conclusões, relembre-se, sustenta o sujeito passivo que a contagem do prazo decadencial só se iniciaria a partir do trânsito em julgado da sentença que reconheceria a inconstitucionalidade da exação, ocorrido em 12/09/2000, e, ainda assim, o prazo legal seria de 10 anos, não sendo aplicável à espécie a Lei Complementar nº 118, de 2005, que só alcançaria pedidos formulados após a sua vigência.

Não concordo com tal argumento, pois, de fato, a manifestação judicial não ampara a formulação do pleito de compensação.

¹ §3º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Acrescido pelo art. 1º da

Justamente por esse motivo, igualmente equivocada é a percepção de que o presente litígio seria concomitante com aquela Ação Declaratória, alegação formulada pelo órgão julgador de primeira instância.

A meu ver, justamente em razão de que não foi formulado qualquer pedido judicial de restituição ou compensação é que não se pode falar em concomitância. Sabidamente, duas ações só são concomitantes se seus objetos forem idênticos e, para que haja identidade de objetos há de haver identidade entre os pedidos.

Confira-se a dicção da Súmula CARF nº 1:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial

Entretanto, dúvida não há de que, em razão da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 150764 / PE, que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do Finsocial em patamar superior a 0,5%, os valores recolhidos acima desse montante tornaram-se indevidos e, *ex vi* do art. 165, I do Código Tributário Nacional, são passíveis de restituição:

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;

Consequentemente, não vejo como deixar de aplicar ao presente litígio o *caput* do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, que, após a redação alterada pela Lei nº 10.637, de 2002, recebeu a seguinte redação:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Não custa destacar que tal dispositivo, embora posterior à data de formulação do pleito, apresentado em 24/11/2000, deve ser aplicado ao presente julgamento em razão da regra de transição insculpida no § 4º do mesmo art. 74, igualmente introduzida pela Lei nº 10.637, de 2002²:

² § 4º Os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados ~~declaração de compensação, desde o seu protocolo~~, para os efeitos previstos neste artigo.

Dito isto, caberia enfrentar as alegações relativas à prescrição (ou decadência) do direito de pleitear a compensação litigiosa.

Como é cediço, o Regimento Interno do CARF, após sua alteração pela Portaria MF nº 586, de 2010, passou a prever, em seu art. 26-A, a seguinte determinação:

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.

Até recentemente, a adoção da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³ acerca do cômputo do prazo prescricional encontrava-se obstaculizada, em face de que essa reprodução só seria viável se afastada a aplicação do Art. 4º da Lei Complementar nº 118⁴, de 2005, que determinava a aplicação retroativa do art. 3º⁵ desse mesmo diploma.

Tal dispositivo, relembre-se, deu à contagem do prazo em questão contornos diversos do aplicado naquela corte superior, que pacificara a adoção da cognominada “tese dos cinco mais cinco”, atualmente adotada em sede de Recurso Repetitivo.

Ocorre que, como é de conhecimento geral, sobreveio o julgamento proferido nos autos do RE nº 566.621/RS⁶, onde o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de Repercussão Geral, que a parte final do art. 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005 seria inconstitucional. Determinou-se, assim, que a lei complementar em questão só seria aplicada a pedidos formulados após a sua *vacatio legis*.

Assim sendo, em face de que o pedido em análise é anterior a tal data, surge, a meu ver, a obrigatoriedade de se aplicar a orientação do Superior Tribunal de Justiça e fixar o prazo prescricional/decadencial em dez anos, contados da data do pagamento.

Consequentemente, tendo o pedido de compensação sido formulado em 24/11/2000, a prescrição (ou decadência) do direito de pleitear a restituição ou compensação atingiu exclusivamente os recolhimentos efetuados em data anterior a 24/11/1990.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, para afastar parcialmente a prejudicial de decadência/prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação e para determinar o retorno do processo à DRJ de origem para apreciar os demais aspectos inerentes ao mérito do pedido.

Sala das Sessões, em 24 de janeiro de 2012

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro

³ REsp 1002932 / SP. Ministro Luiz Fux, julgado em 25/11/2009.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ Ministra Ellen Gracie, julgado em 04/08/2011

Processo nº 13706.003055/00-12
Acórdão n.º **3102-01.327**

S3-C1T2
Fl. 7

CÓPIA