



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

Processo nº 10320.002486/2005-74
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-005.118 – 2ª Turma
Sessão de 14 de dezembro de 2016
Matéria NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado JOÃO MARQUES FARIA FILHO - ESPÓLIO

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000, 2001, 2002

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. PRAZO PARA PLEITEAR. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. TERMO INICIAL.

O direito de pleitear restituição ou compensação de indébito extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados a partir do pagamento tido por indevido, para os pedidos de restituição e declarações de compensação apresentados a partir de 09/06/2005. Para pedidos e declarações apresentados antes dessa data, o prazo é de dez anos, contados do fato gerador tributário.

Decisão definitiva de mérito do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.621, no regime do art. 543B do CPC. Aplicabilidade do § 2º do art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, em dar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva – Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de Recurso Especial da Fazenda Nacional contra o Acórdão n.º 3805-00.074 que restou assim ementado:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Anos-calendário: 2000, 2001 e 2002

DECADÊNCIA - CONTAGEM

Em se tratando de fatos geradores ocorridos no ano 2000, portanto anteriores à Lei Complementar 118/2005, deve ser aplicado ao corrente pedido de restituição a regra que predominava em nosso ordenamento jurídico, segundo a qual o contribuinte teria o prazo de 10 (dez) anos para requerer a repetição do indébito tributário nos casos em que se tratasse de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Recurso provido.

O contribuinte, atualmente representado por seu espólio, solicitou restituição referente aos juros Selic incidente sobre o imposto de renda retido na fonte, relativo às parcelas intituladas "abono variável" nos anos-calendário de 2000 a 2002, a partir das datas das retenções, inclusive sobre os 13. salários.

A Seção de Orientação e Análise Tributária (Saort) da Delegacia da Receita Federal em São Luís, mediante o Despacho Decisório nº 170/2005, fls. 23/33, acolheu parcialmente o pedido, considerando que o período compreendido entre janeiro e agosto de 2000, quando da formalização do pedido, já se encontrava atingido pelo instituto da decadência.

Inconformado com a Decisão, da qual tomou ciência em 05/01/2006, fls. 33, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, em 03/02/2006, fls. 47/54, a seguir parcialmente transcrita:

"JOÃO MARQUES FARIAS FILHO, (...), vem (...) apresentar MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE contra o r. despacho de fls. que acolheu, parcialmente, o seu pedido de restituição do IMPOSTO DE RENDA sobre o 13º salário, (Resolução 245 do STF) e, bem assim, no tocante à alegada prescrição de parte do crédito

requerido, pleiteando, dessarte, a reforma da r. decisão, aduzindo, para tanto, o seguinte: (...)

1.1 Inexigibilidade do direito de não tributação anteriormente à vigência da Lei 10.474, datada de 27.06.2003 - Hipótese de Actio Nata de condição suspensiva (199,1 do Código Civil).

E cediço na doutrina que para o fluxo do prazo prescricional é necessário que se apresente o transcurso de um prazo previsto em lei, com a inércia do titular do direito diante de uma lesão, ou seja, que a inércia se dê no momento em que haja a exigibilidade da reparação deste mesmo direito que fora lesado.

No presente caso, embora o "abono variável", que foi reconhecido como parcela indenizatória, já estivesse previsto na Lei 9.655, de 1.º de janeiro de 1998, entendeu-se então, que tal dispositivo não era aplicável imediatamente, pois estava condicionado à vigência de outra Lei, qual seja aquela que viria fixar teto salarial e, conseqüentemente, a nova remuneração do Ministro do STF.

Por isto, durante longo período a Lei mencionada não teve efeitos práticos, estando com sua eficácia no aguardo desta nova legislação, portanto, não havia exigibilidade do direito à não tributação, pois o "abono variável" não existia como parcela paga ao magistrado.

Os valores então pagos aos magistrados contribuintes e que posteriormente vieram a ser compensados não eram reconhecidos como abono e não tinham, conseqüentemente, à época, natureza indenizatória, eram parcelas de vencimentos eminentemente remuneratórios, como exempli gratia; o percentual da diferença de 11,98% (URV), ou seja, pela legislação então vigente eram tributáveis, não havendo no momento da tributação como se postular a sua não incidência, pois faltaria qualquer amparo legal.

Conclui-se então é que naquele momento longínquo de 1.º de janeiro de 1998, não havia sido implementado abono de natureza variável e não havia lei que assegurasse o direito subjetivo à não tributação, portanto, não se pode falar em prescrição por inércia do titular do direito lesado.

Apenas com o advento da Lei 10.474, de 27.06.2003 e sua vigência é que de eficácia plena ao abono que estava previsto na Lei de 1998, superando a "clausula condicional" implícita naquela lei, que era a regulamentação do "teto salarial dos três Poderes ". Aplicando-se aí o dispositivo legal contido no Código Civil, que diz não fluir o prazo prescricional quando para o exercício do direito estiver "pendendo condição suspensiva" (art. 199, Id. Código Civil).

Apenas a Lei 10.474 assegurou o reajuste remuneratório para o Poder Judiciário Federal, fixando um patamar para o STF, com o devido escalonamento, determinou que tal remuneração vigorasse até que viesse a Lei que estabelecesse o teto remuneratório do serviço público e ainda revogou a "clausula suspensiva" da Lei 9.655, estabelecendo uma regulamentação diferente para o abono variável previsto na Lei 9.655, que até então não havia sido pago.

Ocorre, que a própria Lei 10.474/03, que concedeu o direito ao abono, determinou que diversas parcelas, que teriam sido recebidas de modo indevido ou não, já seriam compensadas pelo "abono". Tais parcelas, observe-se, poderiam até mesmo ser objeto de devolução, caso não viesse a compensação do abono variável. Por outro lado, o abono seria recebido integralmente, caso não houvesse tal compensação.

Em cada órgão do Judiciário se operou a compensação com variações, devido mesmo a variação das parcelas recebidas, tidas como compensáveis, bem como, o momento em que isto ocorreu.

E lógico que, para observância da igualdade de não incidência tributária, todo o "abono variável é não tributável", o que "contaminou" de isenção as parcelas recebidas indevidamente (segundo a idéia da própria lei) e que foram compensadas, passando a serem consideradas como "antecipação do abono variável".

A conclusão a que se chega é de que a exigibilidade da devolução somente ocorre a partir de janeiro de 2004, quando se iniciou o pagamento do abono variável e efetivou-se concretamente a compensação daqueles outros créditos que haviam sido tributados. Quando menos, poderíamos dizer, que somente com a vigência da Lei 10.474/03, de junho de 2003, é que haveria a exigibilidade e, conseqüentemente, poder-se-ia falar em inércia do titular do direito, com fluxo de prazo prescricional.

Trata-se, portanto, de hipótese do ACTIO NATA, a exigibilidade da isenção, inclusive sobre as parcelas já tributadas, nasceu com advento da Lei que criou o abono não tributável (conforme Resolução 245 do STF) e determinou a compensação das parcelas que haviam sido pagas com tributação, pois tais valores, a serem compensados do abono, foram considerados como indevidamente recebidos a título remuneratório, portanto passaram a ter natureza também de antecipação do abono variável e por isto mesmo não sujeitos à tributação.

1.2 Reconhecimento do Devedor.

O art. 202, inciso VI do Código Civil, traz como causa interruptiva da prescrição "qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial que importe reconhecimento do direito pelo devedor".

Ora, a UNIÃO, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, efetuou o pagamento da devolução dos créditos Tributários no decorrer do ano de 2004, reconhecendo o direito dos contribuintes de receber os créditos decorrentes da incidência das parcelas do abono, apenas não a incidiu ex officio sobre o 13º salário, por questões operacionais e não efetuou os cálculos de modo correto, ou seja, a partir da data de incidência da tributação que se tornou indevida.

O ATO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO É INEQUÍVOCO, interrompendo o prazo prescricional, podendo mesmo se falar que a lesão ao direito que se discute aqui, objetivamente não é a incidência ou não, pois isto já foi reconhecido pela UNIÃO, mas sim a lesão ao direito que nasceu apenas no momento da devolução feita pela UNIÃO, ao não considerar a correção mês a mês.

Portanto, mais este argumento afasta a tese da prescrição.

1.3. Teoria "dos cinco mais cinco".

Apenas ad cautelam, considerando-se que o Imposto de Renda é tributo de incidência complexa, aplicar-se-ia, de qualquer modo a "Teoria dos cinco mais cinco", atualmente consolidada no Superior Tribunal de Justiça, como inúmeros recentes decisões, neste sentido, ou seja, de que o prazo prescricional, para postular a restituição, nas hipóteses dos tributos sujeitos à homologação, ocorrerá após 05 (cinco) anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais 05 (cinco) anos da homologação.

(...)

Isto posto, requer que seja rejeitada a questionada prescrição e, em conseqüência disto, determinada a devolução dos valores indevidamente retido e, bem assim, do Imposto de Renda que incidiu sobre o 13º salário (Resolução 245 do STF e Lei 10.474) observando, em tudo, a aplicação da taxa SELIC".

Às fls. 56/65 dos autos, acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Fortaleza que, por unanimidade, negou provimento a impugnação, por entender que já teriam transcritos mais de 05 (cinco) anos entra a data de retenção do imposto e a data do pedido de repetição.

Às fls. 68/70, recurso voluntário do contribuinte, nos mesmos termos da impugnação anteriormente apresentada.

O acórdão recorrido decidiu que o prazo para pleitear a restituição dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação se encerraria transcorridos 05 (cinco) anos da homologação tácita - a qual se verifica transcorridos 05 (cinco) anos do pagamento indevido nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Com isso, teria o contribuinte o prazo de 10 (dez) anos (5+5) para requerer a repetição de seu indébito, contado do equivocado pagamento, desde que os fatos geradores sejam anteriores à Lei Complementar nº 118/2005.

Como fundamento legal, citou o disposto no art. 168, **1**, c/c art. 150, § 4º, ambos do CTN.

A recorrente alega que a decisão atacada diverge das jurisprudências da Terceira e Quarta Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, citando como paradigmas os Acórdãos nº 9303-00-080 e CSRF/04-00.81, que, segundo ela, determinaram que o referido prazo prescreve em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, assim entendido como a data do pagamento indevido.

Afirma, ainda, que o acórdão guerreado contrariou o disposto nos arts. 156, I, e 168, *caput* e inciso I, do CTN, e arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, ponto este, entretanto, não foi admitido o recurso por unânime.

Contrarrazões do contribuinte pugna pela manutenção do recorrido, pelos seus próprios fundamentos.

É o relatório

Voto

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e cumpre os demais pressupostos de admissibilidade.

A questão a ser abordada, então, diz respeito ao prazo para pleitear o indébito. Entende a recorrente que esse prazo seria de dez anos a contar do fato gerador, tese consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e que ficou conhecida como “*cinco mais cinco*”. Prazo de cinco anos a contar da data do pagamento. Com isso, consideraram que parte do pedido de restituição (a maior parte, os pagamentos feitos em 1993) teria sido formulado a destempo.

Ao ser trazida ao CARF, a questão ganha contornos diferentes, diante do § 2º do art. 62 do Anexo II da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF), *verbis*:

Art. 62. [...]

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Pois bem. A controvérsia acerca da contagem do prazo para repetição ou compensação de débitos, especialmente diante das alterações legislativas introduzidas pelos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, e cumpre destacar o quanto decidido no Recurso Extraordinário nº 566.621, assim Ementado:

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 autoproclamado 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 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. 543B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Essa decisão definitiva de mérito da Suprema Corte é, como se vê, de aplicação obrigatória pelos conselheiros no julgamento de recursos no âmbito do CARF. Passo, pois, a fazê-lo.

Assim, considerando o pedido de ressarcimento datado de 20 de setembro de 2005, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva