



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA

Processo nº 10730.005086/00-12
Recurso nº 155.492 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTRO - Ex.: 1997, 2000 e 2001
Acórdão nº 108-09.690
Sessão de 14 de agosto de 2008
Recorrente EMPRESA IMOBILIÁRIA MELGIL LTDA.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Exercício: 1997, 2000, 2001

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - PRAZOS DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO
- Como regra geral, a extinção do crédito, para os tributos sujeitos ao art. 150 do CTN, ocorre na data do pagamento indevido ou a maior e se constitui no termo inicial dos prazos de decadência e de prescrição do direito do contribuinte. Tendo o contribuinte constatado o pagamento indevido, nada o impede de pedir a devolução do indébito de imediato, sem aguardar o prazo para homologação do mesmo. Isto significa, que o contribuinte goza de cinco anos para pleitear seu direito junto ao Fisco, e não de dez. Observância do disposto nos arts. 3º e 4º da LC nº 118/2005 para efeitos de interpretação do art. 168, I do CTN.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI - O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1º CC nº 2).

JUROS DE MORA-INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC - A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, a taxa referencial do sistema especial de liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).

Recurso Voluntário Negado.

D

D

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por EMPRESA IMOBILIÁRIA MELGIL LTDA.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO de CONTRIBUINTES, por maioria de votos, NEGAR provimento o recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Valéria Cabral Géio Verçoza e João Francisco Bianco (Suplente Convocado).



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO

Presidente



JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA

Relator

FORMALIZADO EM: 22 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, IRINEU BIANCHI e CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER. Ausente, momentaneamente, a Conselheira KAREM JUREIDINI DIAS.



Relatório

Trata-se de processo de restituição e compensação de créditos advindos de sessenta e dois pagamentos indevidos ou a maior de IRPJ (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica) e CSLL (Contribuição Social sobre o Lucro Líquido), discriminados às fls. 28/89.

Na planilha de fls. 26/27, o interessado expõe quais valores, relativos a cada recolhimento, que considera indevidamente pagos, e que são objeto dos seus pedidos de restituição e compensação.

Por se referirem ao direito creditório pleiteado neste processo, foram apensados por anexação e transferidos os débitos, conforme fls. 245/551 de diversos processos de compensação elencados a fls. 758.

Após, o interessado apresentou as declarações de compensação eletrônicas de fls. 552/9, 560/6 e 567/72, que se referem ao crédito pleiteado no presente processo.

Os recolhimentos discriminados a fls. 28/89 foram confirmados, e seus valores disponíveis bloqueados no sistema SIEF, conforme fls. 693/725.

Este é, em síntese, o Relatório do **Parecer SEORT/DRF/NITERÓI/Nº 47/2005** (fls. 757/764), que manifestou **“Proposta de não-reconhecimento do direito creditório pleiteado e de não-homologação das compensações declaradas”**.

O **Despacho Decisório DRF/Niterói/RJ** (fls. 765) aprovou e adotou o Parecer citado, decidindo:

“I – NÃO RECONHECER o direito creditório pleiteado, explicitado pelo interessado às fls. 26/27;

II – DESCONSIDERAR os pedidos de compensação de fls. 02, 107, 108, 166 e 182/185;

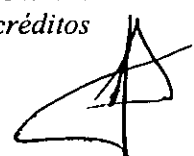
III – DESCONSIDERAR o pedido de compensação de fls. 90/91, ressalvado o saldo devedor de CSLL relativo a jan/1997, no valor de R\$ 265,62, cuja compensação será considerada como declarada;

IV – NÃO HOMOLOGAR as compensações declaradas às fls. 90, 103, 106, (...)

V – DETERMINAR a continuidade da cobrança dos débitos relacionados no extrato PROFISC de fls. 734/756, acrescidos dos encargos moratórios ex lege.”

O relatório do Acórdão, 3ª Turma, DRJ/RJO-I nº 9.270/2005 (fls. 811/2) noticia:

“O interessado, cientificado em 28/09/2005 (fl. 780), apresentou, em 31/10/2003, a manifestação de inconformidade de fls. 781/784. Na referida peça, o interessado alega, em síntese, que os créditos



pleiteados se encontram fundados em diversos documentos já anexados e que o prazo prescricional adotado no Despacho Decisório se encontra em desatino com a jurisprudência. Encerra solicitando o deferimento dos créditos tributários pleiteados e de suas compensações.”

O voto do acórdão recorrido fundamenta o entendimento daquele órgão:

“No Parecer (...) (fls. 757/764), tem-se que, uma vez que “o pedido de repetição de indébito foi formulado em 19/12/2000 (fl. 1), todos os supostos pagamentos a maior aludidos às fls. 26/89, anteriores a 19/12/1995, efetuados pelo interessado, encontram-se alcançados pela decadência, portanto não são passíveis de restituição/compensação”.

Da conjunção dos artigos 165, inciso I, e 168, caput e inciso I, ambos do CTN, tem-se que o direito à restituição se extingue no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário. A extinção do crédito tributário ocorre na data do pagamento (artigo 156, inciso I, do CTN).

Portanto, a data considerada pela autoridade lançadora (do pagamento) encontra-se de acordo com o CTN. A jurisprudência não tem força vinculante.

O interessado contesta o Despacho Decisório de fl. 765. No entanto, não traz aos Autos nenhum elemento de prova. Os pedidos foram apreciados através do Parecer (...). Reputo correta a análise apresentada no referido Parecer, que se encontra de acordo com a legislação. Mantenho a conclusão do Parecer, pelos fundamentos apresentados pela autoridade lançadora. O interessado não apresentou nenhum elemento de prova que conduzisse a outra conclusão.

Pelo exposto, sou pelo indeferimento da solicitação do interessado e pela manutenção do Despacho Decisório (...).”

O acórdão restou assim ementado:

“PRAZO PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

O direito à restituição/compensação de tributo pago a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.

DESCONSIDERAÇÃO DE PEDIDOS DE COMPENSAÇÃO. NÃO HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÕES DECLARADAS.

Mantém-se o Despacho Decisório, se o interessado não apresenta nenhum elemento de prova que conduza a outra conclusão.”

O Demonstrativo de Débito do processo (fls. 815/819) apresenta os saldo, discriminados por tributo, fato gerador, vencimento e valor.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso (fls. 823/840) resumindo a questão de mérito nos seguintes termos:



“Tendo em vista o que foi explicitado, fica claro que só após a homologação pelo fisco dos seus tributos, é que o aqui Recorrente passou a saber efetivamente o que pagou a maior ou indevido, e diante disto, veio a requerer os créditos, sabedouro de que estes só prescreveriam, após o prazo de 5 (cinco) anos da homologação do lançamento dos seus tributos, ou seja, totalizando o prazo de 10 (dez) anos, (...)”

Também questiona a incidência da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora, assim se expressando:

“(…)”

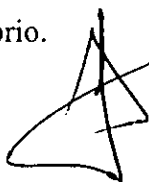
É que a Taxa SELIC não foi criada para fins tributários, mas sim de remuneração de títulos, sendo que sua aplicação na órbita tributária somente poderia se dar acaso houvesse expressa previsão em Lei Complementar.

(…)”

Desta forma, deve ser reconhecida a inaplicabilidade da Taxa SELIC aos créditos tributários, determinando a incidência de juros moratórios no percentual previsto no art. 161, § 1º do CTN.

(…)”

Este é o Relatório.



Voto

Conselheiro JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e dele conheço.

O contribuinte alega que só após a homologação pelo Fisco dos seus tributos, é que passou a saber efetivamente o que pagou a maior ou indevido, e diante disto, veio a requerer os créditos, sabedouro de que estes só prescreveriam, após o prazo de 5 (cinco) anos da homologação do lançamento dos seus tributos, ou seja, totalizando o prazo de 10 (dez) anos.

Esta é a jurisprudência atualmente dominante no Superior Tribunal de Justiça, como pode ser visto dos Agravos Regimentais no Recurso Especial nº 1.003.444 - SP (2007/0259996-9):

“EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO.

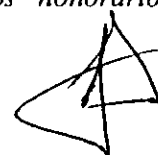
PRESCRIÇÃO. ART. 3º DA LC Nº 118/05. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. *Extingue-se o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, somente após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EREsp 435.835/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 24.03.04, publicado no DJU de 04.06.07).*

2. *Na sessão do dia 06.06.07, a Corte Especial acolheu a argüição de inconstitucionalidade da expressão "observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 (EREsp 644.736-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27.08.07).*

3. *Firmou-se ainda o entendimento de que, "com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição de indébito é de cinco anos 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".*

4. *Com o provimento do recurso especial do contribuinte, o pedido deduzido na petição inicial restou acolhido integralmente, de modo que a parte adversária deve suportar a totalidade dos honorários advocatícios, afastando-se a sucumbência recíproca.*



5. Agravo regimental da Fazenda Nacional não provido. Agravo regimental da contribuinte provido.”

O Relatório assim delimitou o litígio:

“Trata-se de agravos regimentais interpostos contra decisão em Recurso Especial.

O inconformismo da Fazenda Nacional encontra-se circunscrito ao tema da prescrição.

Primeiramente, defende a aplicabilidade do art. 4º da Lei Complementar nº 118/05, introduzida no ordenamento jurídico para conferir interpretação ao art. 168 do Código Tributário Nacional-CTN, de modo que o termo a quo do lustro prescricional para se pleitear a repetição de indébito referente a tributo sujeito a lançamento por homologação fosse fixado na data do pagamento indevido. Nessa trilha, invoca o art. 106 do CTN como respaldo à aplicação retroativa da novel disposição legal.

Ademais, assevera que o supracitado art. 4º da LC nº 118/05 não incorre em inconstitucionalidade, pois não fere a autonomia e independência dos Poderes (art. 2º da CF), tampouco o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF).

Por sua vez, a insurgência da contribuinte diz respeito à verba honorária.

Alega que teve seu pedido inicial deferido em sua totalidade, de modo que seria imperativo o afastamento da sucumbência recíproca e a condenação da Fazenda Nacional ao pagamento integral da verba honorária.

É o relatório.”

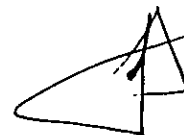
O voto assim decidiu a questão:

“O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Primeiramente, analiso o agravo regimental movido pelo Fisco.

A pretexto de interpretar o art. 168, I, do Código Tributário Nacional-CTN, o art. 3º do da Lei Complementar nº 118/05 estatuiu que a extinção do crédito tributário, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, ocorre no momento em que efetuado o pagamento antecipado previsto no art. 150, § 1º, do CTN.

Em seguida, o art. 4º da Lei Complementar nº 118/05 estabeleceu a vacatio legis de 120 dias e rematou prescrevendo que o sobredito art. 3º deveria ser aplicado consoante o art. 106, I, do CTN, autorizando-se a incidência do novel comando legal aos fatos pretéritos.

Após intenso debate sobre a adequação dos mandamentos em tela perante os princípios constitucionais insculpidos nos arts. 2º e 5º, XXXVI, da Carta Magna – respectivamente a consagração da autonomia e independência entre os Poderes Legislativo e Judiciário e



a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada –, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na sessão do dia 06.06.07, acolheu o incidente de inconstitucionalidade suscitado nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 644.736/PE (acórdão publicado no DJU de 27.08.07).

Seguindo o voto do Relator, Min. Teori Albino Zavascki, os integrantes aquele ilustre órgão, por unanimidade, consideraram inconstitucional a 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 art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05. Ao justificar o posicionamento adotado, o bem-lançado voto condutor cuidou, ainda, de buscar a compatibilização do antigo entendimento jurisprudencial com as alterações advindas da edição da LC nº 118/05, na parte que restou hígida. Invocando preclaros doutrinadores e precedentes provenientes do Supremo Tribunal Federal, a Corte Especial decidiu:

"Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo.

São precedentes do STF nesse sentido:

'Prescrição Extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se

complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo' (RE 37.223, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10.07.58).

'Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência' (AR 905/DF, Min. Moreira Alves, DI de 28.04.78).

No mesmo sentido: RE 93.11000, Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 05.11.80; AR 1.025-6/PR, Min. Xavier de Albuquerque, DI de 13.03.81.

É o que se colhe, também, de abalizada doutrina, como, V.g., a de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359), Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil Forense, 1976, volume V, p. 205-207) e Galeno Lacerda, este com a seguinte e didática lição sobre situação análoga (redução do prazo da ação rescisória, operada pelo CPC de 1973):



'A mais notável redução de prazo operada pelo Código vigente incidiu sobre o de propositura da ação rescisória. O velho e mal situado prazo de cinco anos prescrito pelo Código Civil (art. 178, § 10, VIII) foi diminuído drasticamente para dois anos (art. 495). Surge, aqui, interessante problema de direito transitório, quanto à situação dos prazos em curso pelo direito anterior. A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigorante para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta. Qual o critério para identificar, no caso concreto, a orientação a seguir? A resposta é simples. Basta que se verifique qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta. Assim, por exemplo, no que concerne à ação rescisória, se já decorreram quatro anos pela lei antiga, só ela é que há de vigorar: o saldo de um ano, porque menor ao prazo do novo preceito construa a fluir, mesmo sob a vigência deste. Se, porém, passou-se, apenas, um ano sob o direito revogado, o saldo de quatro, quando da entrada em vigor da regra nova, é superior ao prazo por esta determinado. Por este motivo, a norma de aplicação imediata exige que o cômputo se proceda, exclusivamente, pela lei nova, a partir, evidentemente, de sua entrada em vigor, isto é, os dois anos deverão contar-se a partir de 1º de janeiro de 1974. O termo inicial não poderia ser, nesta hipótese, o do trânsito em julgado da sentença, operado sob lei antiga, porque haveria, então, condenável retroatividade' (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp.100-101).

Câmara Leal tem pensamento semelhante:

'Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, esse começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p.90).

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de 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".

Esmiuçando essa proposição, pode-se tripartir a sistemática de contagem da prescrição conforme a data em que efetuado o recolhimento indevido:

a) quanto aos pagamentos realizados além dos cinco anos que antecederam a vigência da LC nº 118/05, observa-se estritamente a "sistemática dos cinco mais cinco";



b) no que tange aos pagamentos efetivados entre 10.06.00 e 09.06.05, obedece-se à "sistemática dos cinco mais cinco" com certo temperamento, restringindo-se o prazo prescricional até cinco anos contados da entrada em vigor das novas disposições;

c) no tocante aos recolhimentos efetuados de 10.06.05 em diante, incide a LC nº 118/05 em seus exatos termos, ajustando-se o prazo prescricional a cinco anos computados a partir do pagamento indevido.

No caso vertente, os pagamentos em contenda foram efetuados no período indicado na letra "a", e o ajuizamento da presente ação deu-se em 18.12.95. Portanto, nos termos acima esboçados, deve-se seguir a "sistemática dos cinco mais cinco", como se passa a decidir.

Esta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que a extinção do direito de pleitear a restituição ou a compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita.

Desse modo, tem-se que o pagamento é válido, porém, somente com o advento da condição resolutiva, ocorre a prescrição do direito.

Confiram-se, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO.

1. (...)

2. O prazo prescricional em ações que versem sobre repetição deve seguir a regra geral dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

3. (...)

4. A jurisprudência desta Corte assentou que a extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (REsp 435.835/SC, julgado em 24.03.04).

5. Recurso especial provido em parte" (REsp 769.261/SP, deste relator, DJU de 03.10.05);

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PRESCRICIONAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRECEDENTES.

1 - Recentemente a Colenda Primeira Seção, ao apreciar os REsp nº



437.513/MG e os REsp nº 435.835/SC, buscando planificar as discussões em torno do prazo prescricional, decidiu pela tese dos cinco mais cinco.

II - Assim, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o

Prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita.

III - Precedentes.

IV - Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 409.058/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 28.06.04).

Destarte, a prescrição do direito de pleitear a restituição, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Por fim, acentuo que o multicitado acórdão do incidente de inconstitucionalidade nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 644.736/PE foi publicado no DJU de 27.08.07, sendo ônus da parte interessada a instrução de eventual recurso extraordinário com o julgado em tela, inexistindo obrigação do Superior Tribunal de Justiça em determinar a juntada aos autos do seu inteiro teor.

Findo o exame do agravo regimental movido pelo Fisco, passo a apreciar a insurgência da contribuinte.

Penso que assiste razão à contribuinte no que toca à não-ocorrência de sucumbência recíproca, pois, revisitando os autos, observo que o pedido deduzido na peça vestibular foi acolhido em sua totalidade, com o provimento do recurso especial, mostrando-se despicienda a determinação de que a verba honorária seja aferida, distribuída e compensada no momento da liquidação de sentença.

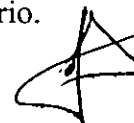
Dessa forma, dada a procedência integral do pedido formulado, condeno a Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários advocatícios, mantidos no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional e dou provimento ao agravo regimental da contribuinte.

É como voto."

Trata-se de respeitabilíssimo precedente jurisprudencial.

Penso, todavia, que o trato da Coisa Pública demanda cautela e uma certa dose de conservadorismo quanto aos entendimentos emanados do Poder Judiciário.



É que são vias distintas, a administrativa e a judicial, e uma vez vencido na primeira tem o contribuinte todo o direito de percorrer a segunda em busca do que entender como seu direito seu.

Já a União Federal não pode ingressar em juízo contra decisão final de órgão julgador administrativo.

É pacífico o entendimento de que o que a CSRF faz coisa julgada contra a Fazenda Nacional.

Por isso mesmo, reitero que pauto meu posicionamento pela cautela e pelo conservadorismo.

Há tempos vimos chegar decisões emanadas do STJ, em conformidade com o que se convencionou chamar de “Tese dos cinco mais cinco”.

Esta Câmara, no entanto, segue mantendo critério diverso.

Por sua concisão e aplicabilidade ao presente caso, peço licença ao I. Conselheiro Nelson Lóssó Filho para reproduzir partes do voto referente ao Acórdão n.º 108-09.417, de 14 de setembro de 2007 (Recurso n.º 148.128):

“(....)

O prazo prescricional para se pleitear a compensação de valores recolhidos indevidamente ou a maior está determinado no artigo 168 do Código Tributário Nacional, que o estabelece em 5 anos, in verbis:

“Art. 168 – O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário.

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Já as situações determinantes para a se fixar o marco inicial para a contagem deste prazo estão elencadas, exemplificativamente, nos incisos do artigo 165 do CTN, assim redigidos:

“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 art. 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;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;



III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

Da análise das situações apontadas no art. 165 do CTN, vejo que os incisos I e II se referem a ocorrências não litigiosas, constatadas por iniciativa do sujeito passivo. Por outro giro, o inciso III aborda fato cujo indébito vem à tona por iniciativa de autoridade incumbida de dirimir uma situação jurídica conflituosa, conforme se percebe do seu texto na referência a “reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”.

Este assunto foi abordado nesta Câmara pelo ilustre conselheiro José Antônio Minatel, no voto proferido no acórdão nº 108-05.791, da sessão de 13/07/99, do qual transcrevo parte dos seus fundamentos:

“Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da “data da extinção do crédito tributário”, para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em situação fática não litigiosa, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir “da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória” (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.”

(...)

Nesta mesma linha, transcrevo excerto de texto do professor Eurico Marcos Diniz de Santi, na obra Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Editora Max Limonad, São Paulo, 2000, p. 268 a 270 – capítulo 10.6.3, cujo título é “A tese dos dez anos do direito de o contribuinte pleitear a restituição do débito do Fisco”:



“Assim entendeu-se que a extinção do crédito tributário, prevista no Art. 168, I do CTN, está condicionada à homologação expressa ou tácita do pagamento, conforme Art. 156, VII do CTN, e não ao próprio pagamento, que é considerado como mera antecipação, ex vi do Art. 150, § 1º do CTN. Como, normalmente, a extinção do crédito tributário se realiza com a homologação tácita, que sucede cinco anos após o fato jurídico tributário ex vi do Art 150, § 4º do CTN, passou-se a contar cinco anos da data do fato gerador para se configurar a extinção do crédito, e mais outros cinco anos da data da extinção, perfazendo o prazo total de 10 anos. Não podemos aceitar esta tese, primeiro porque pagamento antecipado não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas pagamento efetivo, realizado antes e independentemente de ato de lançamento. Segundo porque se interpretou o “sob condição resolutoria da ulterior homologação do lançamento” de forma equivocada. Mesmo desconsiderando a crítica de ALCIDES JORGE COSTA, para quem “não faz sentido (...), ao cuidar do lançamento por homologação, pôr condição onde inexistente negócio jurídico”, pois “condição é modalidade de negócio jurídico e, portanto, inaplicável ao ato jurídico material” do pagamento, não se pode aceitar condição resolutoria como se fosse necessariamente uma condição suspensiva que retarda o efeito do pagamento para a data da homologação. A condição resolutoria não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracterizada a extinção do crédito no âmbito do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora com plena eficácia o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro dos prazos prescricionais. Se o fundamento jurídico da tese dos dez anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação. Portanto, a data da extinção do crédito tributário, no caso dos tributos sujeitos ao Art. 150 do CTN, deve ser a data efetiva em que o contribuinte recolhe o valor a título de tributo aos cofres públicos e haverá de funcionar, a priori, como dies a quo dos prazos de decadência e de prescrição do direito do contribuinte. Em suma, o contribuinte goza de cinco anos para pleitear o débito do Fisco, e não dez.”(grifos do original)

Diversos são os julgados do Conselho de Contribuintes posicionando-se no sentido de que o prazo prescricional para se pleitear a restituição de indébito em situações não constitutas é de cinco anos, conforme se verifica das ementas a seguir:

“Acórdão nº : 107-06365

IRPJ - DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO IMPOSTO

RETIDO NA FONTE NO ANO DE 1.992 - Só podem ser restituídos os valores recolhidos indevidamente que não tenham sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contado a partir da data de extinção do crédito tributário. Decisão de primeira instância mantida.”

Acórdão 108-05.791

IRPJ Ex.: 1991



RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida. Recurso negado”.

De todo o exposto, concluo que o prazo prescricional para a apresentação do pedido de restituição de tributo pago a maior é de cinco anos, e tem início com a extinção do crédito tributário, ao teor do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

(...).

As alegações de inconstitucionalidade, ilegalidade e inaplicabilidade dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005 apresentadas pela recorrente não podem aqui ser analisadas, porque não cabe a este Conselho discutir validade de lei.

Tenho firmado entendimento em diversos julgados nesta Câmara, que, regra geral, falece competência a este Conselho de Contribuintes para, em caráter original, negar eficácia à lei ingressada regularmente no mundo jurídico, porque, pela relevância da matéria, no nosso ordenamento jurídico tal atribuição é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, com grau de definitividade, conforme arts. 97 e 102, III, da Constituição Federal, verbis:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

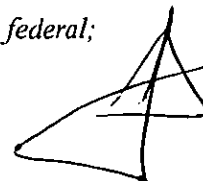
Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(Omissis)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;



c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição."

Conclui-se que mesmo as declarações de inconstitucionalidade proferidas por juizes de instâncias inferiores não são definitivas, devendo ser submetidas à revisão.

Em alguns casos, quando exista decisão definitiva da mais alta corte deste país, vejo que o exame aprofundado de certa matéria não tem o condão de exorbitar a competência deste colegiado e sim poupar o Poder Judiciário de pronunciamentos repetitivos sobre matéria com orientação final, em homenagem aos princípios da economia processual e celeridade.

É neste sentido que conclui o Parecer PGFN/CRF nº 439/96, de 02 de abril de 1996, por pertinente, transcrevo:

"17. Os Conselhos de Contribuintes, ao decidirem com base em precedentes judiciais, estão se louvando em fonte de direito ao alcance de qualquer autoridade instada a interpretar e aplicar a lei a casos concretos. Não estão estendendo decisão judicial, mas outorgando um provimento específico, inspirado naquela.

(Omissis)

32. Não obstante, é mister que a competência julgadora dos Conselhos de Contribuintes seja exercida – como vem sendo até aqui – com cautela, pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo pronunciamento final e definitivo do STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa."
(grifo nosso)

Com base nestas orientações foi expedido o Decreto nº 2.346/97, que determina o seguinte:

"As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1 - Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia "ex tunc", produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial" (grifo nosso)

Este entendimento já está pacificado pelo Poder Judiciário, como se vê no julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que faz referência a precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF):

*"DIREITO PROCESSUAL EM MATÉRIA FISCAL – CTN –
CONTRARIEDADE POR LEI ORDINÁRIA –
INCONSTITUCIONALIDADE.*



Constitucional. Lei Tributária que teria, alegadamente, contrariado o Código Tributário Nacional. A lei ordinária que eventualmente contrarie norma própria de lei complementar é inconstitucional, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 101.084-PR, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ nº 112, p. 393/398), vício que só pode ser reconhecido por aquela Colenda Corte, no âmbito do recurso extraordinário. Agravo regimental improvido” (Ac. unânime da 2ª Turma do STJ – Agravo Regimental 165.452-SC – Relator Ministro Ari Pargendler – D.J.U. de 09.02.98 – in Repertório IOB de Jurisprudência nº 07/98, pág. 148 – verbete 1/12.106)

Recorro, também, ao testemunho do Prof. Hugo de Brito Machado para corroborar a tese da impossibilidade desta apreciação pelo julgador administrativo, antes do pronunciamento do STF:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.” (in “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”,

Editora Revista dos Tribunais, págs. 302/303).

Do exposto, concluo que regra geral não cabe a este Conselho manifestar-se a respeito de inconstitucionalidade de norma, apenas quando exista decisão definitiva em matéria apreciada pelo Supremo Tribunal Federal é que esta possibilidade pode ocorrer, o que não é o caso em questão.

É neste sentido a Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes, que firmou entendimento de que “O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Os artigos da Lei Complementar nº 118/2005, questionados pelo recorrente, Estão assim redigidos:

Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005:

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.”

Já o artigo 106, I, do Código Tributário Nacional tem o seguinte enunciado:

“Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:



I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”

Este Conselho já se pronunciou a respeito da aplicabilidade do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 a fatos anteriores à sua edição, como se percebe das ementas dos acórdãos a seguir, da lavra dos ilustres Conselheiros Margil Mourão Gil Nunes e Luis Alberto Cava Maceira:

“Acórdãos 108-09211, 108-09214 e 108-09211- sessão de 26/01/2007.

CSLL – RESTITUIÇÃO – PRAZO – DECADÊNCIA – O direito de o contribuinte pleitear a restituição de base negativa de CSLL, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da entrega da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica, quando houve a extinção do crédito tributário e, ante o disposto nos arts. 3º e 4º da LC nº 118/2005 para efeitos de interpretação do art. 168, I do CTN – Lei nº 5.172/66.

Recurso Voluntário Negado.”

“Acórdãos nº: 108-08.337 e 108-08.745 – sessão de 20/05 e 16/03/2005.

IRPJ - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DECADÊNCIA

-ART. 168, I, DO CTN - ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 Para fins de interpretação do inciso I do art. 168, do Código Tributário Nacional, o prazo inicial de contagem da decadência ocorre no momento do pagamento do tributo, e não após a homologação deste pagamento. Entendimento sedimentado pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

Recurso negado.”

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário.”

Como visto do item 2 da Ementa dos Agr. Rg. no recurso especial transcrito foi questionada a constitucionalidade de lei tributária:

“2. Na sessão do dia 06.06.07, a Corte Especial acolheu a arguição de inconstitucionalidade da expressão “observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 (REsp 644.736-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27.08.07).”

O futuro dirá qual a tese vitoriosa no Judiciário.

Até lá mantenho-me na observância da Súmula 1º CC nº 2:

“O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

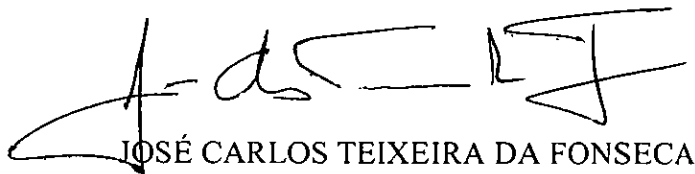
O contribuinte também questiona a incidência da taxa SELIC no cálculo dos juros de mora, discussão objeto da Súmula 1º CC nº 4:

"A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, a taxa referencial do sistema especial de liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais."

Da análise de todo o exposto manifesto-me por NEGAR provimento ao recurso.

Eis como voto.

Sala das Sessões-DF, em 14 de agosto de 2008.



JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA