

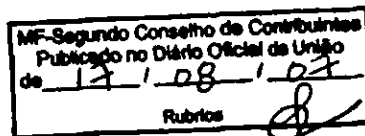


Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860



Recorrente : EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Recorrida : DRJ no RIO DE JANEIRO/RJ

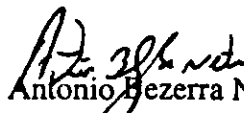
PIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Na forma do § 1º, do art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento do crédito, sob condição resolutória.
REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA
Extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito e do pagamento indevido, o prazo para pedido de compensação ou restituição de indébito tributário.

Recurso negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, face à decadência.

Sala das Sessões, em 01 de março de 2007.


Antonio Bezerra Neto
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Antonio Ricardo Accioly Campos (Suplente), Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig, Odassi Guerzoni Filho, Eric Moraes de Castro e Silva e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, o Conselheiro Valdemar Ludvig, e justificadamente, o Conselheiro Cesar Piantavigna.

/eaal



Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860

Recorrente : EMPRESA DE OBRAS PÚBLICAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

Trata – se de pedido de restituição do PIS, onde os recolhimentos a maior ou indevidos foram relativos aos períodos de apuração de março e abril de 1996, no valor R\$ 61.349,09.

O despacho decisório da DERAT/RJO indeferiu a solicitação da contribuinte, com base no decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1996) c/c o art. 3º da Lei Complementar 118/2005 e no Ato Declaratório da SRF nº 96, de 26/11/1999.

A contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, de fls. 238 a 248, na qual alegou e fundamentou, em síntese, que:

- Em que pese a decisão da douta Divisão de Orientação e Análise Tributária, baseada na Lei Complementar nº 118/2005 e espelhado em Ato Declaratório expedido pela própria SRF, entendendo ser aplicável ao caso em tele prazo prescricional para o pleito de restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o caso do PASEP, é de 10 anos, pois o pedido de restituição ocorreu antes do advento da Lei Complementar acima citada, o que vem positivar o direito do contribuinte.

- Com efeito, o Ato Declaratório ARF 096/99, cunho interpretativo está imbuído de manifesta inconstitucionalidade. Como amplamente conhecido, o papel de interprete da lei recai sobre o Poder Judiciário e a doutrina, sendo defeso à administração adotar interpretação que, lhe favorecendo, vai de encontro ao entendimento pacificado tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência pátria (em especial STJ, último dispositivo legal), configurando, tal interpretação em inegável malferimento ao princípio da separação dos poderes;

- Outrossim, o eg. STJ, intérprete máximo das leis federais, manifestando-se por diversas vezes sobre a questão, sedimentou o entendimento que o prazo para haver restituição de tributos sujeitos à homologação é de 5 (cinco) anos contados do pagamento, mais 5 anos após a homologação tácita, ou seja, 10 anos;

- Não se pode perder de vista também que a formulação de pedido de compensação (que nada mais é que uma espécie de restituição), importa em interrupção do prazo prescricional, previsto no art. 168, I, do CTN;

- Desta forma, o pedido administrativo de compensação, formulado por esta empresa dia 30/06/99, através do processo nº 10768.213747/99-30, interrompeu o prazo prescricional para pretendida restituição do saldo remanescente do PASEP, voltando a fluir apenas após ultimada a imputação dos respectivos créditos a compensar, ocorrida em 12/02/01 (fls 142/146 do referido processo).

- Nestas condições, invocando os doutos suplementos humanitários e jurídicos de Vossas Senhorias, espera esta EMOP, reportando-se, por inteiro, as razões expostas no seu pedido de restituição e aos documentos junto com esta peça preliminar, que seja reformada a



Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860

decisão para o valor de R\$ 61.342,09, que foi comprovadamente recolhido, seja restituído aos cofres desta empresa pública estadual, com o que se fará ato de inteira necessária justiça.

Em decisão de fls. 270 a 278, a DRJ em Rio de Janeiro - RJ, por unanimidade de votos indeferiu a solicitação, nos termos da ementa transcrita a seguir:

"Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/03/1996 a 30/04/1996

Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMO INICIAL.

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contando da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art 150, §1º do CNT.

Solicitação Indeferida"

Irresignada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 282 a 308, interpôs Recurso Voluntário a este Conselho de Contribuintes, onde refutou os argumentos apresentados pela DRJ, reafirmando os tópicos trazidos na impugnação, para que seja reformada a decisão de fls. 233/234, onde pretende que o valor de R\$ 61.342,09 seja restituído. Alega ainda que o prazo prescricional para o pleito de restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação, é de 10 anos, pois o pedido de restituição ocorreu antes da Lei Complementar nº 118/2005, apresentando jurisprudência que confirmaria o seu entendimento.

É o Relatório.



Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO BEZERRA NETO

O recurso voluntário é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de repetição de indébito tributário de alegados recolhimentos a maior da contribuição para o Pasep, nos períodos de apuração de março e abril de 1996.

No apelo apresentado a este Conselho a recorrente alegou que o seu direito à repetição do indébito não havia decaído, visto que o prazo decadencial para o exercício desse direito iniciava-se a partir da homologação do lançamento, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador, conforme entendimento do STJ, tendo o pedido sido efetuado antes do advento da Lei Complementar nº 118/2005.

Desnecessário se faz a distinção entre prescrição e decadência, no caso do direito de repetir o indébito, quando este direito está claramente descrito em categorias jurídicos-positivas (arts. 165 e 168 do CTN). Não podemos nos afastar do fato de que, decadência e prescrição são, no dizer de Pontes de Miranda (Tratado do Direito Privado, vol.6, p.100) conceitos jurídicos-positivos.

Estas categorias jurídicos-positivas estão muito bem delineados nos artigos 165, I e 168, I, do CTN, verbis:

"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;"

"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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;"(grifei)

Releva ressaltar para os adeptos da tese dos "cinco mais cinco anos" que o § 1º do artigo 150 afirma que no lançamento por homologação o pagamento extingue o crédito tributário, por condição resolutória de ulterior homologação. Essa condição não descaracteriza a extinção do crédito no momento do pagamento do tributo, pois não impede a eficácia imediata do ato produzido. Aliás, tal aspecto foi ratificado pela Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que definiu, em seu art. 3º, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

"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."



Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860

Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos ou por ato da autoridade administrativa.

Refutação da Tese dos cinco mais cinco anos

Outrossim, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese. Explico-me melhor. É sabido que os argumentos utilizados pelos defensores dessa tese quanto à decadência de repetir o indébito foram extraídos a partir dos argumentos utilizados na análise do fenômeno da decadência do lançamento. Esse empréstimo de argumentos oriundos da situação de lançamento para a situação de repetição de indébito se escora em um forte pressuposto: que as situações sejam simétricas de forma que a argumentação utilizada em uma se amoldaria completamente na outra. Desse pressuposto pode-se extrair ainda uma outra consequência, se ambas as situações de fato forem dignas de simetria, qualquer falha, por exemplo, na argumentação concernente à decadência do lançamento irá refletir-se automaticamente nos pilares da argumentação atinente à decadência de repetir o indébito.

Quanto ao primeiro pressuposto, de plano verifica-se que as situações são assimétricas, pois mesmo que admitíssemos que o lançamento não se extingue com o pagamento antecipado, mas sim com sua homologação, não existe possibilidade alguma, nem teórica e nem muito menos prática, de se admitir que o pagamento indevido só possa ser repetido após a homologação do lançamento e não no dia seguinte ao evento que caracterizou o pagamento indevido, como vem sempre ocorrendo na praxe cotidiana. Por essa linha de raciocínio, o direito de pleitear o indébito só surgiria ao final do prazo de homologação tácita, de modo que o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação, o que nos parece um absurdo. Ou mesmo, que uma vez efetuado o pagamento antecipado, o contribuinte necessitaria aguardar que sobrevenha a homologação tácita ou expressa para requerer certidão negativa de débitos, nos termos do art. 205 do CTN, situação que seria mais absurda ainda. Isso tudo se dá, porque o pagamento antecipado, ainda que em montante inferior ao devido, gera efeitos jurídicos a partir do momento em que é efetuado, passando o sujeito passivo a ser detentor de direitos mesmo antes da homologação tácita ou expressa.

Apenas para argumentar, mesmo que por absurdo admitíssemos o pressuposto de que ambas as situações são simétricas (lançamento e repetição de indébito), são muitos os argumentos que infirmam a tese dos “cinco mais cinco anos” no que diz respeito ao lançamento, senão vejamos.

De fato, o art. 173, I não poderia ser utilizado para os defensores daquela tese pois o que se homologa não é o pagamento, mas sim a atividade, logo a falta do pagamento não enseja que se saia do escopo do art. 150, §4º (lançamento por homologação) para adentrar a seara do lançamento de ofício (art. 173, I), numa interpretação sistemática totalmente incoerente.

CTN

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;



Processo nº : 10768.213747/99-30
Recurso nº : 135.920
Acórdão nº : 203-11.860

(...)” (grifei)

Como se não bastassem essas falhas, ainda forte no mestre Eurico de Santi, a sobredita tese ainda recai em outro equívoco maior: ao interpretar o art. 173, I, tomou a expressão “poderia” como “poder-que-não-pode-mais”, como função demarcadora do prazo decadencial. Esqueceu-se o intérprete que “poder” não é conduta, é modalizador de conduta, imprestável, portanto, para ser demarcador do prazo decadencial. O intérprete deveria no caso ter tomado como conduta o primeiro momento que se “poderia lançar”, e não a perda do poder de lançar (último poderia), acarretando ainda um outro equívoco, qual seja, o desencadeamento do fenômeno da recursividade infinita. Pois, nada impede de a perda de poder sempre se instale novamente no antecedente da norma como hipótese para o surgimento de novo poder (173, I), em prazo subsequente, de forma que, ao cabo dessa “nova” competência, se dá novamente outro poderia, que outra vez, faz iniciar prazo para lançar e assim ad eternum. O absurdo e a insegurança no direito se instala, justamente o que a decadência e a prescrição desejam evitar.

Assim, concluo que o termo inicial para contagem do prazo prescricional/decadencial de cinco anos para repetição do indébito tributário é a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido).

Outrossim, cabe salientar que nos autos consta tão-somente o pedido de restituição datado de 26/08/2004 (fls. 165/166 e 181), que não foi homologado pela DERAT-RJ, cuja manifestação de inconformidade vem sendo analisada no presente voto. Caso exista outro requerimento pendente de apreciação, o mesmo deve ser examinado pela autoridade competente, nos respectivos autos, não interferindo no presente processo, mesmo porque prazo decadencial não se interrompe.

Isso posto, considerando que a contribuinte protocolizou seu pedido de repetição em 26/08/2004 (docs. Fls. 165/166 e 181) e, portanto, os pagamentos efetuados antes de 26/08/1999 compõem todo o escopo de seu pedido (recolhimentos de março e abril de 1996), não podem ser restituídos e/ou compensados, por estarem prescritos/decaídos.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 01 de março de 2007.


ANTÔNIO BEZERRA NETO