



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

Processo n° 10855.002460/2001-64
Recurso n° 150.720 Voluntário
Acórdão n° **2101-001.388 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 2 de dezembro de 2011
Matéria ILL
Recorrente SPLICE DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES ELETRÔNICA S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ILL. PRAZO PARA PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MATÉRIA DECIDIDA NO STF NA SISTEMÁTICA DO ART. 543-B DO CPC. TEORIA DOS 5+5 PARA PEDIDOS PROTOCOLADOS ANTES DE 09 DE JUNHO DE 2005.

O art. 62-A do RICARF obriga a utilização da regra do RE nº 566.621/RS, decidido na sistemática do art. 543-B do Código de Processo Civil, o que faz com que se deva adotar a teoria dos 5+5 para os pedidos administrativos protocolados antes de 09 de junho de 2005.

Essa interpretação entende que o prazo de 5 anos para se pleitear a restituição de tributos, previsto no art. 168, inciso I, do CTN, só se inicia após o lapso temporal de 5 anos para a homologação do pagamento previsto no art. 150, §4º, do CTN, o que resulta, para os tributos lançados por homologação, em um prazo para a repetição do indébito de 10 anos após o pagamento antecipado.

No caso, o pedido de restituição foi protocolado em 08 de agosto de 2001, o que significa que ocorreu a decadência do direito à restituição apenas dos pagamentos efetuado antes de 08 de agosto de 1991.

Para evitar supressão de instância, o processo deve retornar à unidade de origem para análise do direito à repetição do indébito relativo ao período não decaído.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para afastar a decadência do direito de pleitear a restituição dos pagamentos efetuados a partir de 08 de agosto de 1991, e determinar o retorno à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem para enfrentamento do mérito. Ausente justificadamente o Conselheiro Gonçalo Bonet Allage. Realizou sustentação oral a Dra. Ana Carolina Scopin Charnet - OAB SP 208989, que protestou pela juntada de procuração em 15 dias, com base no art. 37 do CPC.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Evande Carvalho Araujo- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Gilvanci Antônio De Oliveira Sousa, Celia Maria de Souza Murphy, José Evande Carvalho Araujo, Alexandre Naoki Nishioka.

Relatório

OBJETO

Trata-se de pedido de restituição, cumulado com compensação, de pagamentos de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), instituído pela Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art. 35, dispositivo declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida, e com execução suspensa, nesse aspecto, pela Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996.

O pedido foi protocolado em 08 de agosto de 2001 (fl. 1) e engloba pagamentos efetuados entre abril de 1990 a março de 1993 (fls. 9 a 17).

A Delegacia da Receita Federal em Sorocaba/SP indeferiu o pedido, por considerar que já havia terminado o prazo de cinco anos, contado a partir de cada pagamento, para a repetição do indébito tributário (fls. 160 a 161).

IMPUGNAÇÃO

Cientificado dessa decisão, o contribuinte apresentou impugnação (fls. 184 a 192), acatada como tempestiva, alegando que a jurisprudência e a doutrina são mansas e pacíficas no sentido de que o prazo de decadência ou de prescrição do direito de restituir/compensar, no caso de declaração de inconstitucionalidade, conta-se a partir da Resolução do Senado Federal que suspendeu a execução da norma.

ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento indeferiu o pedido, em julgamento consubstanciado na seguinte ementa (fls. 272 a 275):

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1992

Ementa: RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. ILL.

O direito de pleitear a restituição de pagamentos indevidos decai no prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida

O julgador de 1ª instância considerou que o direito do sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de recolhimento de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, que ocorre, para os tributos lançados por homologação, na data do pagamento, entendimento exarado no Ato Declaratório SRF nº 096, de 26 de novembro de 1999, que vincula o julgador administrativo.

RECURSO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

Cientificado da decisão de primeira instância em 26 de janeiro de 2006 (fl. 277), o contribuinte apresentou, no dia 23 do mês subsequente, o recurso de fls. 278 a 284, onde:

a) reafirma que a doutrina e a jurisprudência são mansas e pacíficas, quando afirmam que o prazo de restituir ou compensar qualquer tributo, quando existe declaração de inconstitucionalidade, conta-se ou da decisão do Supremo Tribunal Federal, para as partes envolvidas; ou da resolução do Senado Federal, com efeito *erga omnes*; ou então da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária;

b) argumenta que, como para o ILL a resolução do Senado foi publicada em 19 de novembro de 1996, e o reconhecimento da inconstitucionalidade pela autoridade tributária se deu pela Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997, seu pedido de restituição, protocolado em 08 de agosto de 2001, é tempestivo;

c) pleiteia que, superada a questão da decadência, examine-se o mérito da questão, e que se dê provimento ao recurso voluntário para julgar procedente o pedido inicial,

independentemente do acórdão recorrido não ter se manifestado sobre a questão de fundo, aplicando-se à espécie o art. 515, §1º, do Código de Processo Civil - CPC.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Evande Carvalho Araujo, Relator.

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade, portanto merece ser conhecido.

Não há arguição de qualquer preliminar.

Início transcrevendo os artigos do Código Tributário Nacional que regem o assunto:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

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;

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.

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

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 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.

Apesar da aparente simplicidade dessas normas, sabe-se que a discussão sobre o prazo para se pleitear a restituição dos tributos lançados por homologação é questão tormentosa, que vem dividindo a doutrina e as jurisprudências administrativa e judicial há tempos.

As divergências se iniciam na própria natureza desse prazo, sendo comum as decisões administrativas relacionarem sua perda ao instituto da decadência, e as judiciais, ao da prescrição, questão deixada em aberto nesse voto, por não possuir qualquer relevância com a solução adotada.

De toda a discussão sobre o tema, três soluções prevaleceram no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

A primeira concede o prazo de cinco anos contado a partir do pagamento indevido. A interpretação decorre da determinação do art. 168, inciso I, do CTN, que ordena o início do prazo na data de extinção do crédito tributário, em conjunto com o art. 150, §1º, do CTN, que determina que o pagamento antecipado extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. Como a extinção ocorre sob condição resolutória, ela opera efeitos imediatos, devendo-se considerar o crédito tributário extinto a partir do recolhimento.

Analisando-se o presente processo sob essa ótica, como o último pagamento de tributo de que se pleiteia a restituição foi feito em março de 1993, todo o pedido do contribuinte estaria alcançado pela decadência/prescrição, já que foi feito apenas em 08 de agosto de 2001.

É essa a interpretação adotada pela Administração Tributária, inclusive nos casos de tributos declarados inconstitucionais. E, por um longo período, foi esse o entendimento tanto da jurisprudência administrativa, quanto da judicial.

Entretanto, por ocasião do julgamento de pedidos de repetição de indébitos relativos a empréstimo compulsório sobre consumo de combustíveis, que havia sido declarado inconstitucional pelo STF, novas interpretações afloraram no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Uma delas, que corresponde à segunda solução existente no âmbito do CARF, interpretou o art. 150, §1º, do CTN, de forma diversa, considerando que a extinção do crédito tributário somente ocorre com a homologação do lançamento. Como o §4º do mesmo artigo determina que, se o Fisco não homologar o lançamento em 5 anos, ele estará tacitamente homologado, isso faria com que o crédito tributário somente se extinguisse após 5 anos do pagamento, quando se iniciaria novo período de 5 anos para o pedido de restituição, resultando em um prazo para a repetição do indébito de 10 anos após o pagamento antecipado.

Essa interpretação, que passou a ser conhecida como a “teoria dos 5+5”, foi ferozmente atacada pela doutrina, por não considerar que o pagamento antecipado extingue o crédito tributário sob condição resolutória, e não suspensiva, de eventual não homologação do lançamento. Apesar de tudo, foi essa a posição que prevaleceu no âmbito do STJ.

Tentando resolver esse impasse, a Lei complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, trouxe as seguintes determinações:

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.

Isto é, o novo ato legal buscou fazer interpretação autêntica do art. 168 do CTN, pois determinou sua aplicação a fatos pretéritos, por se considerar expressamente interpretativo (art. 106, inciso I do CTN), optando pela primeira solução acima descrita.

Diante na inovação legislativa, o STJ concluiu que a nova norma não tinha caráter meramente interpretativo, pois afastava interpretação há muito consolidada, e passou a aplicar a nova regra inicialmente apenas para as ações ajuizadas após a data de vigência da nova lei, em 09 de junho de 2005, mas terminou fixando o entendimento de que o novel regramento se aplica apenas aos pagamentos ocorridos após essa data.

Essa discussão foi transferida para o STF, que confirmou o entendimento do STJ, mas retornou à interpretação de que a nova regra vale para as ações ajuizadas a partir de 09 de junho de 2005.

A solução do presente processo sob essa fundamentação levaria ao indeferimento do pedido para todos os recolhimentos feitos antes de 08 de agosto de 1991, dez anos antes do protocolo do pedido administrativo, uma vez que não houve homologação expressa dos pagamentos.

Outra linha interpretativa também ganhou força, no âmbito do STJ, por ocasião da análise de pedidos de repetição de indébitos relativos à empréstimo compulsório

sobre consumo de combustíveis: a que transferia o início do direito de se pedir a restituição do indébito para a data em que a norma fosse declarada inconstitucional com efeitos *erga omnes*.

Essa teoria logo conquistou boa parte da doutrina e passou a dominar a jurisprudência dos antigos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF. Transcrevo a ementa do Acórdão CSRF/01-03.665, de 10 de dezembro de 2001, que bem exemplifica essa jurisprudência:

DECADÊNCIA — PEDIDO DE RESTITUIÇÃO — TERMO INICIAL — Em caso de conflito quanto à legalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;*
- b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;*
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.*

Para o ILL, a jurisprudência desta casa se firmou no sentido de que o termo *a quo* do prazo quinquenal do direito de restituição do tributo pago indevidamente se inicia em 19 de novembro de 1996, data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, no caso de sociedades por ações, ou de 25 de julho de 1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, no caso de sociedade de cotas por responsabilidade limitada em que o contrato social não previsse a distribuição imediata ao sócio cotista do lucro líquido apurado no final do exercício.

O presente pedido de restituição, sob esse enfoque, deve ser totalmente deferido, pois, tendo sido feito por sociedade anônima, foi protocolado antes de 19 de novembro de 2001, data que corresponde a 5 anos da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, de 1996.

Essa interpretação se fundamenta nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que anula a lei inconstitucional desde sua origem, o que invalidaria todos os atos com base nela praticados.

Mas além disso, o mais forte embasamento dessa linha de raciocínio é o da justiça. Pensar de modo contrário, considerando o prazo de 5 anos para a restituição do indébito a partir do pagamento, implica punir o bom pagador.

Veja-se o caso do ILL. Com a publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997, o contribuinte que não houvesse pago o tributo não poderia mais ser autuado por isso. Se tivesse sido autuado, a autoridade administrativa deveria rever de ofício o lançamento, ou, se este já estivesse sob julgamento, a autoridade julgadora deveria cancelar o crédito tributário. Mas se o sujeito passivo tivesse cumprido sua obrigação e pago o tributo, nada poderia exigir, pois o direito de repetição já estaria fulminado pela decadência/prescrição.

Como se espera que o Direito sancione condutas desejadas pela sociedade, natural a rejeição à conclusão que premia o inadimplente e pune o fiel cumpridor de suas obrigações.

Outro ponto favorável dessa doutrina é o de desestimular o litígio, pois o sujeito passivo não precisaria ingressar na Justiça para pleitear a inconstitucionalidade de norma tributária, bastando aguardar a decisão final em processos de outros contribuintes para dela se beneficiar. Efeito bastante desejado diante de tribunais bastante assoberbados.

Essa teoria sofreu duas críticas importantes. A primeira é a de que cria direito imprescritível, pois a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pode se dar décadas depois de sua publicação, o que faria com que o Estado tivesse que arcar com um custo muito alto para as restituições que envolvessem um longo período, e que as gerações futuras tivessem que responder sozinhas pelos erros do passado. A segunda é a de que carece de base legal.

De fato, não é possível se encontrar no art. 168 do CTN a hipótese de começar a contar o prazo de restituição a partir declaração de inconstitucionalidade. Para superar esse incômodo, alguns arestos embasaram o direito no inciso II do art. 168, originalmente previsto para a reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, dizendo que a norma que exigia o tributo havia sido revogada (exemplo no Acórdão nº CSRF/04-00.205, de 14 de março de 2006). Já outras decisões consideraram que as hipóteses do art. 168 eram meramente exemplificativas, não tendo tratado do caso de inconstitucionalidade de lei, criando-se a norma para o caso por analogia com o inciso II do art. 168 (exemplo no Acórdão nº 108-05.791, de 13 de julho de 1999).

Considero essa argumentação insuficiente. A uma, porque a literalidade dos arts. 165, inciso III, e 168, inciso II, do CTN, exclui de imediato a declaração de inconstitucionalidade de lei, que não equivale à decisão condenatória. E a duas, porque o art. 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, incumbe à lei complementar o estabelecimento de normas gerais sobre prescrição e decadência, não sendo possível se criar regras para esse assunto por analogia.

Apesar de considerar essa interpretação a que melhor atende aos parâmetros de justiça, pois premia o bom pagador e desestimula o litígio, acredito que, de *lege lata*, não é possível se transferir o marco inicial do direito de restituição para a declaração de inconstitucionalidade da lei.

De qualquer modo, como já dito, foi essa a linha interpretativa que prevaleceu no âmbito da 2ª Seção do CARF e da 2ª Turma da CSRF.

Ressalte-se que, no momento em que se firmou esse entendimento, era essa a teoria mais aceita pela doutrina, e ela ganhava cada vez mais força no âmbito do STJ. A própria Receita Federal defendia esse ponto de vista, como aconteceu no Parecer COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998, mas teve que mudar de opinião com o Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 28 de outubro de 1999, que embasou o Ato Declaratório SRF nº 096, de 1999, que fixou a interpretação oficial daquele Órgão.

O problema foi que, com o passar do tempo, essa interpretação foi sendo paulatinamente abandonada pela jurisprudência judicial, até ser definitivamente afastada, no âmbito do STJ, pelo ERESP Nº 435.835 – SC, relator Ministro José Delgado, julgado em 24 de março de 2004, que possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

3. A ação foi ajuizada em 16/12/1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 09/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos.

Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto.

A partir desse momento, passou a vigorar, no âmbito do STJ, apenas a teoria dos 5+5, posteriormente temperada pelas consequências da Lei Complementar nº 118, de 2005, anteriormente analisadas.

O que ocorre é que a jurisprudência deste CARF terminou por ficar completamente dissociada da jurisprudência judicial, o que é indesejável, pois é o Poder Judiciário, quem, em última instância, diz o direito a ser aplicado.

Some-se a isso o caráter esdrúxulo dessa divergência: como a decisão do órgão julgador administrativo é mais favorável ao contribuinte, e como a Fazenda Nacional não pode recorrer à Justiça contra as decisões deste Conselho, o Judiciário não tem a possibilidade de alterar as decisões desta casa. Isso, ao invés de reforçar a importância deste CARF, traz insustentável insegurança jurídica, uma vez que aqueles que optarem pelas vias judiciais terão resultados diversos dos que ingressarem na via administrativa.

De qualquer modo, o que se observa é que a sociedade moderna não pode mais conviver com a insegurança de diversas teorias sobre o mesmo assunto. Nesse sentido, o

Poder Judiciário vem buscando uniformizar suas decisões, e fixar entendimentos após determinado tempo de discussão. Assim, os artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil criaram a sistemática de recursos repetitivos no STF e no STJ, passando a obrigar as esferas inferiores da Justiça a adotar o posicionamento tomado em última instância. Mais ainda, quando um processo chega ao tribunal superior e se decide que a matéria nele tratada é representativa de recurso repetitivo, ele é escolhido como paradigma para o caso, e todos os outros processos sobre o mesmo assunto ficam sobrestados aguardando a decisão modelo, que será aplicada a todos de forma uniforme.

Alinhando-se a essa tendência, a Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, introduziu o art. 62-A no Regimento Interno do CARF - RICARF, com a seguinte redação:

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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Desta forma, agora as decisões deste CARF deverão obrigatoriamente seguir as decisões do STF e do STJ tomadas na sistemática de recursos repetitivos, devendo os julgamentos de matérias que tenham sido sobrestadas no STF ter o mesmo tratamento nesta casa.

Verifico que a questão posta nos autos, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, foi decidida, tanto no STF, quanto no STJ, sob a sistemática de recursos repetitivos.

No STJ, o REsp nº 1.002.932/SP, julgado em 25 de novembro de 2009, sendo relator o Ministro Luiz Fux, concluiu que a Lei complementar nº 118, de 2005, não tinha caráter meramente interpretativo, pois afastava interpretação há muito consolidada, e determinou a aplicação da nova regra somente aos pagamentos ocorridos após a vigência da nova lei.

Entretanto, para se chegar a essa conclusão, foi necessário declarar a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei complementar nº 118, de 2005, que afirmava o caráter meramente interpretativo da norma inserta no art. 3º. Por se tratar de matéria constitucional, a discussão foi transferida para o Supremo Tribunal Federal, que inicialmente elegeu o RE 561.908/RS como representativo da matéria, mas posteriormente o substituiu pelo RE nº 566.621/RS.

Em 11 de outubro de 2011, o RE nº 566.621/RS foi julgado, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie, e se decidiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei complementar nº 118, de 2005, mas se definiu que a nova lei deveria ser aplicada para as ações ajuizadas a partir da data de sua vigência, em 09 de junho de 2005, como demonstra a ementa abaixo transcrita:

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 auto-proclamado 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

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 5 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. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Como a decisão acima foi tomada na sistemática do art. 543-B, § 3º, do CPC, os julgamentos do CARF devem adotar esse entendimento.

Entendo que, como o provimento judicial determina a manutenção da teoria dos 5+5 para as ações ajuizadas antes de 09 de junho de 2005, no âmbito do CARF, devemos utilizá-la para os pedidos administrativos protocolados antes dessa data.

Penso que a adoção de uma interpretação extremamente literal, de que o entendimento não se aplicaria aos processos administrativos uma vez que o acórdão fala de ações judiciais, equivaleria a um descumprimento da essência da norma, que é o de garantir o direito à orientação consolidada no STJ para quem buscou exercer seu direito antes da vigência da nova lei.

Assim, no presente caso, como o pedido administrativo foi protocolado em 08 de agosto de 2001, ocorreu a decadência do direito à restituição apenas dos pagamentos efetuados antes de 08 de agosto de 1991.

Outra questão relevante diz respeito ao fato do RE nº 566.621/RS ainda não ter transitado em julgado.

De fato, em consulta ao sítio da Internet do STF na data deste julgamento, verifica-se que algumas pessoas entraram com questão de ordem e embargos infringentes, buscando retomar o entendimento do STJ de que a nova lei somente se aplicaria aos pagamentos ocorridos após sua vigência, o que estenderia seus efeitos para ações ajuizadas após essa época.

Independentemente do difícil sucesso desses recursos, há que se observar que a Fazenda Nacional não recorreu contra a decisão, o que significa que ela transitou em julgado para a União.

Assim, não é mais possível se alterar o entendimento de que ao presente caso deve se aplicar a teoria dos 5+5, pois a Fazenda Nacional não pode mais defender a retroatividade da Lei complementar nº 118, de 2005, e os recorrentes apenas desejam estender os efeitos da legislação anterior.

Desse modo, creio ser fundamental a adoção do entendimento definitivo judicial sobre a matéria. Qualquer tentativa de se utilizar interpretação diversa feriria de morte a intenção do art. 62-A do anexo II do RICARF, que busca a uniformização dos julgamentos administrativos e judiciais, bem como abriria espaço para recurso especial, que, na época de sua apreciação, seguramente teria sucesso.

Aproveito o ensejo para refutar o possível argumento de que a discussão dos tribunais superiores não se aplica ao caso, por se reportar apenas ao art. 168, inciso I, do CTN, enquanto o embasamento da jurisprudência majoritária da casa se suporta no inciso II do mesmo artigo. Já se demonstrou que a tese do início do prazo para restituição a partir da declaração de inconstitucionalidade está definitivamente sepultada no âmbito judicial, e esse posicionamento está implícito nos acórdãos do STJ e do STF, que só mencionam a teoria dos 5+5 e a da prescrição contada a partir do pagamento.

Finalmente, não é possível se prover o pedido para que, superada a questão da decadência, esta Turma examine de imediato o mérito da questão, independentemente do acórdão recorrido não ter se manifestado sobre a matéria de fundo, aplicando-se à espécie o art. 515, §1º, do Código de Processo Civil. Para evitar supressão de instância, o processo deve retornar à unidade de origem para análise do direito à repetição do indébito relativo ao período não decaído.

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear restituição dos pagamentos efetuados a partir de 08 de agosto de 1991, e determinar o retorno à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem para enfrentamento do mérito.

(assinado digitalmente)
José Evande Carvalho Araujo