



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

Processo nº 11065.101014/2007-96
Recurso nº 167.002 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.305 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de maio de 2010
Matéria CSSL
Recorrente F. XAVIER KUNST ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A
Recorrida 5ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1998

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA. O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário, assim entendida a data do pagamento antecipado, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (CTN).

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ricardo Leal de Melo e Valmir Sandri.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Fábio Soares de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

F. XAVIER KUNST ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A, já qualificada nestes autos, inconformada com o Acórdão nº 10-15.753, de 18/04/2008, da 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS, recorre voluntariamente a este Colegiado, objetivando a reforma do referido julgado.

A lide pode ser bem compreendida a partir da síntese elaborada pelo relator do processo em primeira instância, a seguir transcrita:

Em 02/08/2007, a interessada apresentou pedido de restituição (fls. 1) de R\$ 11.792,07, relativos a saldo negativo de CSLL apurado no ano-calendário de 1997.

Em 31/08/2007, tomou ciência (AR, fls. 44) de despacho decisório (fls. 36) que indeferiu a restituição, com base na decadência do direito à repetição.

Em 28/09/2007, apresentou manifestação de inconformidade alegando que:

- de acordo com a tese dos “cinco mais cinco”, ainda não teria decaído seu direito; e

- o disposto na Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, não se aplicaria a recolhimentos efetuados em 1999.

A 5ª Turma da DRJ em Porto Alegre/RS analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, por via do Acórdão nº 10-15.753, de 18/04/2008 (fls. 56/57), considerou-a improcedente, em decisão assim ementada:

Assunto. Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário. 1997

*DISPOSITIVO EM VIGOR DESAPLICAÇÃO
IMPOSSIBILIDADE*

No julgamento administrativo, não se pode deixar de aplicar a legislação em vigor; no caso, não se pode afastar a aplicação de dispositivo que determina a retroatividade de regra relativa a decadência do direito à repetição de indébito.

Assunto. Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário. 1997

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito a restituição de indébito decai em cinco anos contados da data do pagamento indevido.

Ciente da decisão de primeira instância em 19/05/2008, conforme Aviso de Recebimento à fl. 61, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 03/06/2008 conforme carimbo de recepção à folha 62.

No recurso interposto (fls. 63/66), a interessada reitera os argumentos anteriormente aduzidos, ressaltando, ainda, o quanto segue:



6. Destacamos ainda, oportunamente, recente decisão do STJ proferida pelo relator Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI no Recurso Especial nº 946.790 - SP (2007/0097528-3), interposto pela Fazenda nacional contra o Acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sobre a aplicação do art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, cujo entendimento é de que o prazo de cinco anos estabelecido no art. 118 do CTN têm início a contar da data de homologação, expressa ou tácita, do lançamento - uma vez que é uma das hipóteses de extinção amparada pelo art. 156, VII, do CTN. Neste sentido, não havendo homologação expressa, o prazo para restituição do crédito tributário passa a ser de dez anos a contar do fato gerador.

[...]

7. O termo inicial da prescrição, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 118/05, é a data do recolhimento do tributo considerado indevido, inclusive para recolhimentos anteriores à sua vigência (art. 4º, segunda parte). Todavia, quanto a essa determinação de retroatividade, a Corte Especial, apreciando incidente de inconstitucionalidade (AI nos ERESP 644.736/PE, Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007), declarou 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 dispositivo em questão.

8. Ora, sendo considerada ofensa à Constituição a aplicação retroativa do art. 4º, segunda parte, LC 118/2005, sobretudo ao art. 2º (que consagra a autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e ao inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; considerando o prazo prescricional de dez anos (cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco, a partir da homologação tácita), importa considerar como direito creditório da Impugnante o Saldo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL, exercício 1998, ano-calendário 1997, no valor original de R\$ 3.407,21 devidamente atualizado.

Ao final, requer o provimento de seu recurso voluntário e o reconhecimento de seu direito à restituição pleiteada.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

O recurso é tempestivo e dele conheço.

Gira a lide em torno do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para a repetição do indébito tributário. Sustenta a recorrente a aplicabilidade do entendimento da 1ª Seção do STJ, tese conhecida como “*cinco mais cinco*”.

Com todo o respeito devido àquele Tribunal, no extinto Primeiro Conselho de Contribuintes de há muito se encontrava consolidada a interpretação de que o prazo de cinco anos começava a contar a partir do pagamento indevido ou a maior, ou, como é o caso em tela, do momento em que teria aflorado o indébito e surgido o direito do contribuinte ao saldo negativo. Nesse sentido, são ilustrativas as decisões cujas ementas são a seguir transcritas:

IRPJ - RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I e 168, I da Lei 5172 de 25 de outubro de 1966 (CTN). Tratando-se de imposto antecipado ao devido na declaração, com esta, se inicia a contagem do prazo decadencial. (Acórdão 108-08.115, de 02/12/2004, 8ªC 1ªCC, Relatora Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro) (No mesmo sentido, o Acórdão 108-07.372, de 17/04/2003)

DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN - Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo, de cinco anos, para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Esse termo não se altera em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, eis que nesse caso, o pagamento extingue o crédito sob condição resolutória. (Ac 101-94.745) (Acórdão 105-16.356, de 28/03/2007, 5ªC 1ªCC, Relator Conselheiro Irineu Bianchi)

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165 I e 168 I da Lei 5172 de 25 de outubro de 1966 (CTN) (Acórdão 105-15.158, de 17/06/2005, 5ªC 1ªCC, Relator Conselheiro José Clóvis Alves)



Embora nesta Casa o entendimento estivesse pacificado, em 09/02/2005 os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a seguir transcritos, vieram lançar luz sobre a matéria, considerando-se as diferentes correntes interpretativas.

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

Como se vê, trata-se de dispositivo expressamente interpretativo, com aplicação retroativa, ex vi do disposto no art. 4º. No entanto, mesmo sobre isso há vozes divergentes, notadamente no Superior Tribunal de Justiça.

A recorrente ressalta o quanto decidido naquela Corte no Recurso Especial nº 946.790/SP, do qual transcreve excerto da ementa. Em apertada síntese, aquele Tribunal decidiu que o disposto no art. 3º não tem eficácia retroativa, reportando-se, ainda, ao Incidente de Inconstitucionalidade no EResp 644.736/PE.

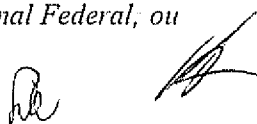
Observo que o aresto trazido à colação pela interessada, ao declarar inconstitucional a expressão "*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 — Código Tributário Nacional*", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar, exerceu a prerrogativa de controle de constitucionalidade pela via difusa. Tal decisão, no entanto, somente produz seus efeitos entre as partes, em que não se inclui a recorrente. Ademais, em consulta ao sítio eletrônico do STJ na internet, constato que foi interposto recurso extraordinário no REsp nº 946.790, e que o processo foi "*sobrestado em atendimento ao art. 543-B, § 1º, do CPC (processo com a mesma controvérsia: RE 561908)*". Ou seja, a decisão mencionada pela recorrente se encontra pendente do que há de decidir a Corte Suprema acerca da questão constitucional envolvida.

O controle de constitucionalidade, no sistema brasileiro, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, sendo incompetente este colegiado para se manifestar sobre a matéria ou mesmo para afastar a aplicação de lei plenamente inserida no ordenamento jurídico e não declarada inconstitucional pelo órgão para tanto competente. É o que dispõe o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, a seguir transcrito:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou



II - que fundamente crédito tributário objeto de.

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993, ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Essa vedação também consta da Súmula CARF nº 2, de aplicação obrigatória por seus membros, publicada na Portaria CARF nº 106/2009:

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

E, desde que os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005 se encontram plenamente em vigor e não foram declarados inconstitucionais com efeitos *erga omnes*, nem com efeitos *inter partes* em ação da qual seja parte a interessada, nem ainda se enquadram em qualquer das exceções previstas no parágrafo único do art. 62 do RICARF, acima transcrito, suas disposições devem ser cumpridas.

Nesse mesmo sentido decidiu a Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em 18/11/2009, ao julgar recurso especial do Procurador e dar-lhe provimento, nos autos do processo administrativo fiscal nº 13848.000073/99-95, restando a decisão assim ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 07/06/1994 a 25/06/1994

PIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO

O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

