



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

Processo nº 11080.001453/2003-88
Recurso nº 163.882 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.328 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de novembro de 2010
Matéria PRAZO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
Recorrente TELCOM TELECOMUNICAÇÕES DO BRASIL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1995

PRAZO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

Nos termos do artigo 165, inciso I, e artigo 168, inciso I, do CTN, o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário, que ocorreu na data do pagamento considerado indevido, conforme dispõe o artigo 156, inciso I, do CTN. Interpretação reforçada pelo disposto na Lei Complementar nº 118/05.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1995

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. INCOMPETÊNCIA PARA APRECIÇÃO.

As autoridades administrativas são incompetentes para apreciar arguições de inconstitucionalidade de lei regularmente editada, tarefa privativa do Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Declarou-se impedido o Cons. João Carlos de Lima Junior.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente.


JOÃO OTÁVIO OPPERMANN THOMÉ - Relator.

EDITADO EM: 28 JAN 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivete Malaquias Pessoa Monteiro (Presidente), João Otávio Oppermann Thomé (Relator), José Sérgio Gomes (Suplente Convocado), Silvana Rescigno Guerra Barreto, e Manoel Mota Fonseca (Suplente Convocado).



Relatório

Em 14/02/2003, a interessada apresentou declaração de compensação, fls. 1 e 2, tendo como base crédito referente a diversos pagamentos efetuados entre outubro e dezembro de 1995.

A DRF jurisdicionante, por meio do Despacho Decisório DRFB/POA nº 958, de 29 de maio de 2007, fls. 77 a 80, não homologou a compensação, porque entendeu que o direito à restituição ou compensação havia decaído, por terem decorrido mais de cinco anos entre os pagamentos efetuados e data do protocolo deste processo (14/02/2003).

A interessada apresentou Manifestação de Inconformidade, fls. 88 a 101, alegando que o prazo para repetição de indébito, com base em construção jurisprudencial do STJ – a chamada tese dos “cinco mais cinco” –, seria de 10 anos.

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ/Porto Alegre-RS, por meio do Acórdão nº 10-13.527, fls. 116 a 117, com fundamento na Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, que conferiu interpretação ao disposto no inciso I do art. 168 do CTN, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, mantendo o despacho decisório recorrido, conforme ementa abaixo transcrita:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1995

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito a repetir indébito tributário decai em cinco anos contados do pagamento indevido.

Solicitação Indeferida.”

Cientificada desta decisão em 23/19/2007, conforme AR de fls. 119, e com ela inconformada, a interessada apresentou recurso a este Conselho, fls. 120 a 133, no qual repisa os mesmos argumentos apresentados na peça inicial.

Sustenta que o entendimento conferido pela autoridade julgadora *a quo* não pode prosperar, uma vez que somente os pedidos de restituição apresentados após o decurso de 120 dias da data de publicação da LC nº 118/05 são regulados pela nova disposição ali inserida. E que este, inclusive, é o entendimento do STJ, conforme se depreende da decisão unânime proferida recentemente pela Corte Especial do STJ no Agravo de Instrumento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644.736-PE, julgado em 06.06.2007, que apontou que o dispositivo não possui efeitos *ex tunc*, valendo tão somente para os casos ocorridos posteriormente à sua edição e entrada em vigor, confirmado, assim, o prazo de 10 (dez) anos para se pleitear a restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação que não tiveram manifestação expressa da autoridade fiscal.

Assim, apesar de não ter sido suspensa pelo Senado Federal a execução da LC nº 118/05, o STJ já pacificou entendimento contrário à alegação da autoridade julgadora, de modo que a decisão recorrida não pode ser mantida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Otávio Oppermann Thomé, Relator.

O recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, dele tomo conhecimento.

A recorrente sustenta que o prazo para repetição de indébito, mesmo após a edição da LC nº 118/05, é de dez anos, conforme a construção jurisprudencial do STJ, no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN tem início não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento.

Ao combinar os artigos 150, 168, e 156, inciso VII, do CTN, sustentam os adeptos desta corrente que, ao efetuar o pagamento do tributo, a extinção do crédito tributário ainda não se operou, o que somente ocorrerá mediante homologação expressa da Fazenda Pública, ou, caso esta quede inerte, após cinco anos da ocorrência do fato gerador, ante a homologação tácita, contando-se a partir daí o prazo de cinco anos para a repetição do indébito. Tornou-se, por este motivo, conhecida como a tese dos “cinco mais cinco”.

Todavia, tal entendimento não pode prosperar. O pagamento antecipado extingue o crédito tributário, e, portanto, é a partir da data de sua realização que se inicia o prazo de cinco anos para que o contribuinte postule eventual repetição do que pagou indevidamente, não interferindo neste raciocínio a regra do art. 150, § 4º do CTN, que estabelece o prazo para a Fazenda Pública homologar o lançamento.

Tanto isto é verdade, que, se se considerasse que somente com a homologação do pagamento antecipado este se encontraria extinto, então o contribuinte também estaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para a sua homologação, o que revela a incoerência da tese.

Este ponto é abordado, com bastante propriedade, por Eurico de Santi, em sua obra *Decadência e Prescrição no Direito Tributário* (SANTI, Eurico Marcos Diniz. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, editora Max Limonad, páginas 266 a 270):

“10.6.3 — A tese dos dez anos do direito de o contribuinte pleitear a restituição do débito do Fisco.

(..) foi assim que se iniciou a novel proposta exegética desse dispositivo de modo favorável à ampliação do prazo para o exercício do ‘direito à repetição do indébito’, liderada por Hugo de Brito Machado, então Juiz do TRF da 5ª Região.

(...)

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 o pagamento antecipado não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas pagamento efetivo, realizado antes e independentemente do ato de lançamento.

Segundo, porque se interpretou o 'sob condição resolutória da ulterior homologação' 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 resolutiva como se fosse necessariamente uma condição suspensiva que retarda o efeito do pagamento para a data da homologação.

A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracteriza a extinção do crédito no átimo 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 desta tese é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito de pleitear o débito do Fisco 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.

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."

Este, aliás, sempre foi o entendimento da administração tributária, bem como o entendimento amplamente majoritário das instâncias julgadoras administrativas, podendo-se citar os seguintes julgados do CARF, repudiando a tese dos "cinco mais cinco":

Acórdão 108-08747 – SALDO NEGATIVO IRPJ E CSLL – COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA. O saldo negativo do IRPJ e da CSLL, somente podem ser compensados com tributos dentro do prazo legal de 05 (cinco) anos de acordo com o inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional. Assim, opera a decadência do direito desta compensação/restituição após o decurso do prazo a partir do fato gerador, eis que se trata de tributos autolancados pagos antecipadamente conforme § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional. A Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, no artigo 3º deixou claro que a restituição prevista no artigo

168 inciso I do Código Tributário Nacional deve levar em consideração para fins de estabelecer o prazo limite do direito ao pedido, que a extinção do crédito tributário ocorre, no momento do pagamento antecipado.

Acórdão 103-22100 – Nos termos do art. 165, inc. I e art 168, inc. I do CTN, o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo cinco anos contados da extinção do crédito tributário (art. 156, inc. I), que ocorreu na data do pagamento considerado indevido.

Acórdão 108-08215 – CSLL – 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 se inicia 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.

Acórdão 101-93857 – CSLL – Período de apuração – 01/06 a 30/06/95 – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – DECADÊNCIA – Tem o contribuinte o prazo de cinco anos para pedir a restituição do tributo pago indevidamente, contado a partir da data do recolhimento, mesmo nos casos de lançamento por homologação. Prazo repetitório superior a cinco anos – Ausência de previsão legal.

Por fim, foi justamente com a finalidade de reforçar este entendimento, que é o que melhor se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, que foi editada a Lei Complementar nº 118 de 2005, e que assim dispõe:

“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 ”

Portanto, o legislador determinou expressamente que esse dispositivo, dado seu caráter interpretativo, tem aplicação retroativa.

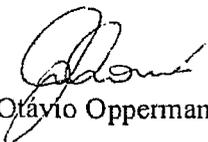
De se observar que até o presente momento, as normas acima reproduzidas estão em pleno vigor, pois não foram declaradas inconstitucionais pelo STF, não tiveram sua execução suspensa pelo Senado Federal, e nem tampouco se enquadram nas outras hipóteses previstas no Decreto nº 2.346/97, de modo que não podem deixar de ser aplicadas pelo julgador administrativo, sob fundamento de inconstitucionalidade, em que pese mantenha o STJ entendimento em sentido diverso do aqui defendido. Neste sentido, dispõe a Súmula CARF nº 2, *verbis*:

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

Assim, no caso presente, uma vez que a declaração de compensação foi apresentada em 14/02/2003, e os recolhimentos supostamente indevidos foram efetivados pelo contribuinte entre os meses de outubro e dezembro de 1995, entendo que tais recolhimentos estão abrangidos pelo instituto da decadência, na forma do artigo 168 do Código Tributário Nacional, entendimento este reforçado pelo disposto na Lei Complementar nº 118/05.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso voluntário interposto.

É como voto.


João Otávio Oppermann Thomé - Relator