



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA TURMA ESPECIAL

Processo nº 11080.009343/2004-45
Recurso nº 162.932 Voluntário
Matéria IRJP - Ex(s): 1996
Acórdão nº 195-0.0033
Sessão de 20 de outubro de 2008
Recorrente AVIPAL S/A AVICULTURA E AGROPECUÁRIA
Recorrida 5ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS

Assunto: Normas gerais de direito tributário.

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).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Luciano Inocência dos Santos.


JOSÉ CLÓVIS ALVES
Presidente e Relator

Formalizado em: 14 NOV 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: WALTER ADOLFO MARESCH e BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR.

Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão nº 195-0.0033

CC01 T95
Fls. 54
170
e

Relatório

AVIPAL S. A. AVICULTURA E AGROPECUÁRIA CNPJ Nº 92.776.665/0001-00, já qualificada nestes autos, recorre a este Conselho contra a decisão proferida pela 5ª Turma da DRJ em Porto Alegre RS. contida no acórdão de nº 10-13.506 de 26 de SETEMBRO de 2007, que indeferiu a compensação do saldo negativo do IRPJ relativo ao ano calendário de 1.995 em virtude da prescrição do direito.

Adoto relatório da DRJ.

Em 31/08/2004, a interessada apresentou declaração de compensação, tendo como base crédito referente ao saldo negativo de IRPJ do ano-calendário de 1995.

A DRJ jurisdicionante não homologou a compensação, porque entendeu que o direito à restituição ou compensação havia decaído, por terem decorrido mais de cinco anos.

A interessada manifestou sua inconformidade com essa apreciação, alegando a 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 em Porto Alegre indeferiu a manifestação de inconformidade, por entender que o prazo para pedir restituição é de 5 anos contados do pagamento indevido, conforme voto contido no acórdão recorrido de nº 10-13.506 de 26 de setembro de 2.007, verbis:

A manifestação de inconformidade é improcedente.

Acontece que, para fins de interpretação do CTN, a Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, estabeleceu que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como é o caso, a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado:

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.

Além disso, determinou expressamente que esse dispositivo, dado seu caráter interpretativo e por força do art. 106. I, do CTN. tem aplicação retroativa:

Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão n.º 195-0.0033

CC01-T95
Fls. 55
<u>171</u>
2

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.

Essas normas estão em pleno vigor, uma vez que não foram declaradas inconstitucionais pelo STF, não tiveram sua execução suspensa pelo Senado Federal, nem se enquadram nas outras hipóteses previstas no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Não podem, portanto, deixar de ser aplicadas pelo julgador administrativo.

Assim, uma vez que o pleito administrativo foi formulado depois de decorridos mais de cinco anos dos pagamentos que a interessada reputa indevidos, seu direito a repeti-los já decaiu, por força do referido art. 168, I, do CTN.

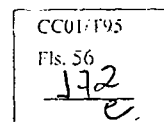
Em consequência, é de se julgar improcedente a manifestação de inconformidade, para manter o despacho decisório recorrido.

Inconformada a empresa apresentou recurso voluntário de fls. 46/67 onde repete as argumentações da manifestação de inconformidade de que o prazo para repetir o indébito é de dez anos, cinco anos para homologar o pagamento e cinco anos para solicitar a restituição a contar da homologação tácita.

É o relatório.



Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão nº 195-0.0033



Voto

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES. Relator.

O recurso é tempestivo dele tomo conhecimento.

É matéria do litígio, o pedido de restituição de saldo negativo de IRPJ relativo ao ano calendário de 1995, com apuração em 31 de dezembro do referido ano.

A empresa utilizou o saldo negativo o referido saldo negativo para liquidar débito de IRPJ em janeiro de 2002, tendo apresentado a DECOMP em 31.08.04.

De acordo com o memorando de folha 02 o crédito foi utilizado indevidamente eis que já prescrito o direito de repetir o indébito de 31.12.95.

Invoca a recorrente a tempestividade em seu requerimento, nos termos da linha adotada pelo STJ e parte desse Colegiado. Ou seja, de ser o marco inicial de contagem da decadência, o fim do prazo de cinco anos tidos como prazo de homologação.

O assunto é polêmico e como não há manifestação do STF, a matéria tem comportado diversas interpretações. Na 5ª Câmara do 1º CC, o entendimento é firmado no sentido de que esta contagem se dá a partir da ocorrência do fato jurídico tributário, nos termos da linha clássica de interpretação quanto à modalidade do lançamento por homologação.

O artigo 142 do CTN, diz que somente a administração tributária realiza o lançamento. Contudo, o que faz nascer à obrigação tributária, o fato imponível, transfere ao particular o dever de realizá-lo em lugar do administrador tributário. Em verdade, o lançamento por homologação existe para dizer que o fisco controlou a autorização dada ao particular para agir em seu nome. O contribuinte lança e declara. O Estado recebe. Quando o estado não pode mais exercer esse direito, o lançamento estaria homologado. Da mesma forma nesse momento o particular não pode mais reivindicar o indébito.

Ensina o Professor Eurico Marcos Derzi de Santi, em seu livro Decadência e Prescrição no Direito Tributário - 2ª edição-2001 - Max Limonad, pgs. 266/270 - item 10.6.3 onde trata da tese dos dez anos do direito de o contribuinte pleitear a restituição do débito do fisco; os fundamentos jurídicos que impedem prosperar essa tese, os quais peço vênias para transcrições e suporte em minhas razões de decidir.

Neste capítulo ele explica que o judiciário "criou" este novo prazo, tentando fazer justiça, a partir do reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 10, primeira parte, do Decreto 2.288/86, que instituiu o empréstimo compulsório sobre combustíveis.

Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão n.º 195-0.0033

CC01:T95
Fis. 57
<u>173</u>
e

Por isso, criou nova exegese para o inciso I do artigo 168 do CTN, de modo mais favorável à ampliação do prazo para direito a repetição do indébito. A tese foi liderada por Hugo de Brito Machado, então juiz do TRF da 5ª Região.

A nova interpretação trazia como termo inicial não o "pagamento antecipado", mas o instante da homologação tácita ou expressa do pagamento, alegando que a extinção só ocorreria com a posterior homologação do pagamento, nos termos do inciso VII do artigo 156 do CTN, tese retratada pelo Acórdão do STJ:

RECURSO ESPECIAL N.º 42720-5/RS (94/0039612-0), RELATOR MINISTRO HUMBERTO GOMES DE MARROS - EMENTA: TRIBUTÁRIO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO - CONSUMO DE COMBUSTÍVEL - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA. - O tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daqueles sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário. A falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao fisco para apuração do tributo devido. - Embargos de divergência em recurso especial n. 42720-5/RS (94/0039612-0) DJU 17/04/1995.

A extinção do crédito tributário, prevista no inciso I do artigo 168, estaria condicionada à homologação tácita ou expressa do pagamento, nos termos do inciso VII do artigo 156 do CTN e não ao pagamento propriamente dito, considerado apenas antecipação, conforme parágrafo 1º do artigo 150 do CTN.

A extinção do crédito tributário ocorre com a homologação tácita, em 5 anos após a ocorrência do fato impositivo, segundo determina o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN. Com a interpretação pretendida, iniciar-se-ia o prazo decadencial a partir desse momento. Com isso, o prazo final seria 10 anos. Uma nova versão na compreensão dos artigos 168, I; 150 parágrafos 1º e 4º e 157 VII do CTN, tese não passível de prosperar segundo o autor, pelos motivos seguintes:

"primeiro porque o 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 "sob condição resolutória 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 inexiste 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 ato do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora com plena

Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão n.º 195-0.0033.

CC01-T95
Fls. 58
374
e

eficácia, o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro de prazos prescricionais.

Se o fundamento jurídico da tese dos 10 anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito de pleitear o débito do Fisco só surgirá ao final do prazo de homologação tácita, de modo que, se o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito para homologação.

Portanto, a data da extinção do crédito tributário, no caso dos tributos sujeitos ao artigo 150 do CTN, deve ser a data efetiva em que o contribuinte recolheu o valor a título de tributo aos cofres públicos e haverá de funcionar, à 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. (Destaca-se)

O prazo de decadência frente ao direito à restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, serão observados a partir do artigo 168 do Código Tributário Nacional, que determina:

“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.”

Será sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início da sua contagem pelas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, conforme exemplificam, os incisos do art. 165 do CTN:

“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.”

Ora desde no momento da apuração do saldo negativo nasceu o direito do contribuinte de compensar o valor pago a maior com os valores devidos nos períodos seguintes

Processo nº 11080.009343/2004-45
Acórdão nº 195-0.0033

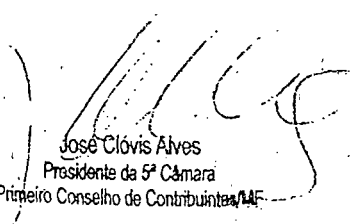
CC01/T95
Fls. 59
115
0

A empresa poderia, no mais tardar, desde o momento que constatou ser indevido o tributo, solicitar a sua restituição, nos termos do artigo 145 do CTN.

Quanto às decisões trazidas à colação nos termos do artigo 468 do CPC, obrigam as partes a elas vinculadas.

Assim conheço do recurso como tempestivo e no mérito voto para negar-lhe provimento.

Sala das Sessões – Brasília DF, em 20 de outubro de 2008.


José Clóvis Alves
Presidente da 5ª Câmara
Primeiro Conselho de Contribuintes/PAF