



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11610.002974/2007-41
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9101-002.979 – 1ª Turma
Sessão de 06 de julho de 2017
Matéria IRPJ
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANDEIRANTE ENERGIA S/A

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

Não é conhecido recurso especial quando os acórdãos paradigmas tratam de situações fáticas distintas da situação julgada pelo acórdão recorrido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Adriana Gomes Rego, Cristiane Silva Costa, André Mendes de Moura, Luis Flavio Neto, Rafael Vidal de Araújo, Daniele Souto Rodrigues Amadio, Gerson Macedo Guerra e Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente em Exercício).

Relatório

O contribuinte apresentou Declaração de Compensação em 05/07/2007, identificando crédito de IRPJ quanto a recolhimento efetuado em 28/02/2002. Ademais, a contribuinte apresentou DCOMP retificadora (08745.71923.130504.1.7.04-5054, quando deveria ter apresentado DCOMP original. Por formulário de papel (fls. 27) pretendeu a substituição desta DCOMP. A Delegacia da Receita Federal indeferiu a compensação, sendo apresentada manifestação de inconformidade.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (fls. 369/378) rejeitou a manifestação de inconformidade, em acórdão do qual se destaca a ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2002

PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR.

Constituem crédito a restituir ou compensar os pagamentos a maior ou indevidos desde que ainda não tenham sido utilizados.

DECADÊNCIA.

O prazo para pleitear o reconhecimento do direito ao indébito, extingue-se no decurso de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário, em conformidade com o art.165 c/c o art.168 do Código.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 385), ao qual foi dado provimento pela 1 Turma Ordinária da 4ª Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 566/576), em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2002

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL. INICIAL. CIÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONSULTA. TERMO

Mora do Fisco em decidir a respeito de consulta de contribuinte, encaminhada em 05/11/2003 e respondida apenas em 19/12/2006, relacionada com a liquidez e certeza do crédito tributário, tem o condão de deslocar o termo inicial de contagem para pleitear a repetição de indébito para a data em que se tornar definitiva a decisão administrativa que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, nos termos do inciso II do art. 168 c/c o art. 165, inciso III do CTN. Trata-se de caso no qual se admite aplicar a analogia, prevista no art. 108 do código. Assim, a situação jurídica que consolidou

o pagamento indevido e deu origem ao crédito pleiteado consumou-se apenas no momento em que a recorrente tomou ciência da consulta que efetuou à Receita Federal, sendo tal data o termo inicial para contagem do prazo decadencial.

Os autos foram remetidos à Procuradoria em 03/11/2016 (fls. 578), que interpôs recurso especial em 09/12/2016, no qual sustenta a divergência da interpretação da lei tributária a respeito do prazo para repetição de indébito. Neste recurso foram indicados como paradigmas os acórdãos nº

(i) 1103-00.588, no qual se decidiu que *"a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para repetição ou compensação de indébito fiscal a partir do pagamento antecipado de tributo realizado sob a égide do lançamento por homologação, assim definido na Lei Complementar nº 118, de 2005, opera-se a partir de 9 de junho de 2005, data da plena vigência desse comando legal"* e

(ii) 2803-002.058, do qual se destaca: *"o prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, sendo despcienda, para fins de contagem do prazo, a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou Resolução do Senado, no caso de controle difuso."*

O recurso especial foi admitido pelo Presidente da 4ª Câmara da Primeira Seção deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls.591/601), *verbis*:

A PFN argui que o pedido de restituição/compensação foi protocolado em 05.04.2007, após a data limite fixada pelo Supremo Tribunal Federal (08.06.2005), o prazo para a repetição é de cinco anos e ele deve ser contado da data em que ocorreu o pagamento antecipado. (...)

Examinando os acórdãos paradigmas verifica-se que trazem o entendimento de que por ocasião do julgamento do RESP nº 1110578, decidido na sistemática dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, o STJ concluiu que o prazo de cinco anos para repetição de indébito deve ser contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo para os pedidos formalizados após 09.06.2005, sendo irrelevante a análise de eventual data de publicação do Senado Federal que suspenda, com eficácia erga omnes, a execução de dispositivo legal declarado inconstitucional pelo STF. (...)

O acórdão recorrido, por seu turno, vem considerar que deve ser deslocado o termo inicial de contagem para pleitear a repetição de indébito para a data em que se tornar definitiva a decisão administrativa que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, nos termos do inciso II do art. 168 c/c o art. 165, inciso III do CTN, por analogia, prevista no art. 108 do CTN.

Portanto, as conclusões sobre a matéria ora recorrida nos acórdãos examinados revelam-se discordantes, restando plenamente configurada a divergência jurisprudencial pela PGFN. (...)

*Diante do exposto, com fundamento no art. 67, do Anexo II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, proponho que seja **DADO SEGUIMENTO** ao recurso especial, interposto pela PGFN, para que seja rediscutida a matéria relativa ao termo de início do prazo de cinco anos para formalização da repetição de indébito, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo para os pedidos formalizados após 09.06.2005.*

Com a intimação do contribuinte em 16/12/2016, foram apresentadas contrarrazões recurso especial em 30 de dezembro de 2016, nas quais alega-se: (i) impossibilidade de conhecimento do recurso pois (i.1) o acórdão recorrido anulou a decisão da DRJ; (i.2) não haveria divergência na interpretação da lei tributária. No mérito, pede a manutenção do acórdão recorrido, sustentando a inoccorrência de prescrição para repetição do indébito.

É o relatório.

Voto

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

O recurso especial é tempestivo, razão pela qual passo à análise da similitude fática entre o acórdão recorrido e os **acórdãos paradigmas 1103-00588 e 2803-002.058**. A exigência de similitude fática decorre do artigo 37, §2º, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972, como também do artigo 67 do Regimento Interno do CARF (Portaria MF 343/2015).

O acórdão recorrido decidiu pelo provimento do recurso especial, conforme razões de voto condutor, do Conselheiro Antonio Bezerra Neto. Em suas razões, reporta-se a precedente julgado pela mesma Turma (acórdão proferido nos autos do processo administrativo nº 11610.002977/2007-84):

Assim como foi decidido por esta turma em processo em que a situação deste feito é quase idêntica ao do processo nº 11610.002977/2007-84, de modo que adoto na sua integralidade as mesmas razões de decidir desse processo (...)

A princípio, cumpre transcrever os art. 165 e 168 do CTN: (...)

Apesar de a recorrente inicialmente debruçar-se na extensão do prazo decadencial aplicável ao caso em debate, entendo que tal análise, de se verificar pela aplicação de cinco ou dez anos, em consonância com o entendimento proferido pelo Supremo

Tribunal Federal no RE nº 566.621/RS, sob regime de repercussão geral, deve ocorrer em momento posterior.

Isso porque, entendendo que cabe ser analisado, a princípio, o termo inicial da contagem do prazo decadencial.

Explico, amparado pela cronologia dos fatos narrados nos autos. No ano-calendário de 2001, atendendo à orientação da ANEEL, a recorrente apurou o IRPJ e a CSLL levando em consideração a receita estimada de sobretarifa a ser cobrada nas faturas de consumo de energia.

Contudo, de acordo com o Parecer Cosit nº 26, de setembro de 2002, a orientação foi em sentido diverso, ou seja, a receita gerada pela aplicação da sobretarifa deveria compor a base de cálculo dos tributos no momento em que ocorresse o efetivo consumo de energia, ou seja, a cada mês. (...)

Em consulta protocolizada em 05/11/2003, a consulente pessoa jurídica (...) Relata que, em virtude da crítica situação hidrológica vivenciada em meados de 2001, o Poder Executivo, editou a Medida Provisória nº 2.198, de 2001, criando a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica — GCE, com o objetivo de compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica.

Foi criado um programa emergencial de redução do consumo de energia elétrica que, entre outras medidas estabeleceu limites de uso e fornecimento de energia elétrica, bem como adotou regimes especiais de tarifação.

4. Como consequência da redução forçada da demanda, as empresas concessionárias de energia elétrica (geradoras e distribuidoras) tiveram redução de suas margens de lucro, fato que provocou um desequilíbrio econômico-financeiro da empresa detentora do contrato de concessão de serviços públicos.

5. A consulente entende que o Governo Federal; em reconhecimento a tal desequilíbrio, editou a Medida Provisória nº 14, de 21 de dezembro de 2001, convertida na Lei nº 10438, de 20020 através da qual determinou à Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL - que procedesse à recomposição tarifária extraordinária, bem como autorizou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social BNDES: a instituir, em caráter emergencial e excepcional, programa de apoio às concessionárias de energia elétrica, signatários dos contratos iniciais e equivalentes, assim reconhecidos em resolução da ANEEL. (...)

9. Comenta sobre o procedimento contábil de reconhecimento em 2001, do ativo regulamentar da recomposição tarifária, mencionando que embora subsistentes os procedimentos contábeis que levam ao reconhecimento do ativo em questão, resta considerar quais serão os impactos tributários sobre a receita computada em sua contrapartida.

10. A partir deste ponto a consultante passa a elaborar comentários relativos aos efeitos tributários da recomposição tarifária do setor elétrico, mencionando a imposição de sobretarifa a ser aplicada às tarifas, de fornecimento de energia elétrica aos consumidores, em momento posterior àquele em que a receita relativa a esta recomposição foi reconhecida contabilmente. Alega que as receitas decorrentes da aplicação da sobretarifa somente serão obtidas nos exercícios seguintes àquele vindo em 2001, a qual dependera do faturamento resultante do consumo a ser realizado no futuro. (...)

12. Alega que neste cenário, não é possível entender a sobretarifa a ser cobrada sobre o consumo futuro de energia represente um direito passível de ser convertido em dinheiro ou exigido do devedor de imediato, porque o fato gerador só se realizará se ocorre efetivo consumo futuro, sem o qual se resumirá em mera expectativa. (...)

13. Por todo o exposto, o consultante formula as seguintes questões: a) Está correto o entendimento de que o fato gerador do IRPJ, da CSLL, da Cofins e do PIS ocorrerá tão-somente no momento em que as receitas relativas à aplicação da sobretarifa foram efetivamente auferidas, ou seja, no momento em que ocorrer o consumo futuro de energia e respectivo faturamento sobre o qual incidirá a sobretarifa? (...)

Depreende-se que, como a solução de consulta não foi que resultou em valores a menor do que aqueles que foram recolhidos, diferença que resultou na formação dos créditos tributários. Nesse contexto, encaminhou várias declarações de compensação, sendo que os presentes autos tratam apenas do PER/DCOMP nº 13405.83261.160204.1.3.043673 originalmente transmitido e seus desdobramentos. (...)

Em 19/12/2006 foi editada, pela Receita Federal, a Solução de Consulta nº 518, em resposta à consulta efetuada pela recorrente em 05/11/2003, da qual transcrevo parte da fundamentação e a conclusão: (...)

Ocorre que, diante de todos os fatos narrados, não há que se considerar, como data inicial para a contagem do prazo decadencial, o dia em que foi efetuado o pagamento do DARF a maior que deu origem ao crédito. Deve-se observar que a recorrente encaminhou consulta à Receita Federal, diretamente relacionada com a liquidez e certeza do crédito tributário em análise nos presentes autos, em 24/08/2006 19/12/2006-

Entendo que a situação jurídica que consolidou o pagamento indevido consumou-se apenas no momento em que a recorrente tomou ciência da consulta que efetuou à Receita Federal. Apesar de o CTN não tratar expressamente da situação em análise, referente à restituição de um tributo antecipado, vez que posteriormente a contribuinte apurou uma dívida menor do que o montante efetivamente recolhido, para o caso concreto pode-se aplicar a analogia, autorizada no art. 108 do código. Refiro-me ao disposto aos arts. 168, inciso II e 165, inciso III do CTN, ao pregar que o prazo inicial para pleitear a restituição, no caso de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão

condenatória conta-se 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.

No caso em concreto, portanto, o prazo inicial da contagem é o dia 11/01/2007, data em que tomou ciência (fl. 562) a contribuinte da solução de consulta e restou consumada a situação jurídica referente ao pagamento a maior. Tendo sido a Declaração de Compensação em papel de fls. 28/29 foi apresentada em 05/04/2007, não há que se falar em decadência.

O processo mencionado pelo acórdão recorrido (11610.002977/2007-84) foi recentemente julgado por esta Turma da CSRF, que decidiu pelo não conhecimento do recurso especial da Procuradoria, pela falta de similitude fática entre o acórdão recorrido naquele processo e os paradigmas indicados em recurso.

Passamos a tratar da similitude fática entre o acórdão paradigma no presente processo e os acórdãos paradigmas indicados pela Procuradoria.

O primeiro acórdão paradigma indicado é de nº **1103-00.588** (processo administrativo nº 11080.102324/2004-97) descreve os fatos ali julgados da forma seguinte:

Em foco recurso voluntário contra decisão da 5ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Porto Alegre/RS que não acolheu a solicitação de reforma do despacho decisório do Chefe da Seção de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre-RS que, por sua vez, não reconheceu o direito creditório contra a Fazenda Nacional por conta de apontado saldo negativo de Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) do ano-calendário de 1997 e, consequentemente, deixou de homologar compensação com débitos de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF), Programa de Integração Social (PIS) e de estimativas de IRPJ e de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), vencidos entre julho 2003 a janeiro de 2004 e de dezembro de 2004 a fevereiro de 2005.

O primeiro paradigma (**1103-00.588**), portanto, trata de caso típico de compensação dentro do prazo de 10 (dez) anos, anteriormente à Lei Complementar nº 118. Exatamente por conta disso, a Turma Ordinária que julgou o acórdão paradigma concluiu pela aplicação do repetitivo do STF e, assim, afastou a existência de prescrição ao direito de restituição do indébito.

Contudo, o Pleno do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no Recurso Extraordinário nº 566.621 - RS, julgado em 04 de agosto de 2011 e publicado em 11 de outubro de 2011, relatora a Ministra Ellen Gracie, que a Lei Complementar nº 118/05 veio de encontro à orientação da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que para os tributos sujeitos a lançamento por homologação o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 (dez) anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos artigos 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, e

embora tenha se autoproclamado interpretativa implicou inovação normativa, ou seja, inovou o mundo jurídico e deve ser considerada como lei nova.

Também, que a aplicação do novo prazo de 5 (cinco) anos, contado do pagamento antecipado, só se aplica às ações ajuizadas após o advento da lei complementar em foco, respeitado, ainda, o decurso da vacatio legis de 120 (cento e vinte) dias em que se permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela de seus direitos. Referido julgado operou-se na sistemática da repercussão geral a que alude o artigo 543-B do Código de Processo Civil (CPC). Em decorrência, aplica-se a Portaria MF 586, de 22 de dezembro de 2010, a qual introduziu o artigo 62-A no Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 256 de 22 de junho de 2009 (...)

Considerando que a Recorrente busca suposto indébito fiscal exteriorizado em 31 de dezembro de 1997, data em que se realiza o balanço patrimonial da pessoa jurídica sujeita ao lucro regime do lucro real anual e na qual os recolhimentos das antecipações (estimativas e retenções na fonte) efetuadas ao longo do ano-calendário podem consolidar a circunstância de pagamento a maior que o devido, tem-se que o prazo decadencial de repetição indireta (compensação) expirou-se somente em 31 de dezembro de 2007, de sorte tal que são tempestivas a declarações de compensação.

Feitos tais esclarecimentos, entendo pelo **não conhecimento do recurso especial quanto ao primeiro paradigma (1103-00.588)**, na medida em que não há similitude fática entre este precedente e o acórdão recorrido nos presentes autos. Enquanto no paradigma é situação usual de recolhimento indevido e aplicação do prazo de 10 anos para repetição, o acórdão recorrido tem situação distinta, pois foi determinante para o colegiado a resposta à Consulta apresentada pela contribuinte. Para o Colegiado, tal resposta foi o marco inicial do prazo prescricional. Assim, tal *discrimen* (existência de resposta à consulta que iniciaria prazo para restituição de indébito) – evidentemente relevante para o acórdão recorrido – impede o conhecimento do presente recurso especial.

O segundo acórdão paradigma (**2803-002.058**, processo 11065.101139/2008-05) trata da seguinte situação fática, descrita no relatório:

Trata-se de Pedido de Restituição formulado pelo contribuinte acima identificado, com protocolo datado de 11 de setembro de 2008, sob a alegação de ter a empresa efetuado pagamento indevido. De acordo com o contribuinte, o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689/89. A restituição versa sobre pagamentos indevidos referentes às competências de 01/01/1989 a 30/06/1991. (...)

A questão controvertida, o ponto nodal deste recurso, como pontuado pelo contribuinte diz respeito à fixação do termo inicial, isto é, o prazo para o pedido de restituição de tributo, quando este for declarado inconstitucional pelo STF, seja em controle concentrado de constitucionalidade ou difuso.

A Turma julgadora do segundo acórdão paradigma conclui pela inocorrência de prescrição, pois a declaração de inconstitucionalidade reiniciaria o prazo prescricional para repetição de indébito:

O acórdão que declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/89 foi publicado em agosto de 2007, enquanto o protocolo do pedido foi realizado em 11 de setembro de 2008, em prazo menor do que 05 (cinco) anos, situação que ampara plenamente o pedido do contribuinte.

Também não vislumbro similitude fática entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma (2803-002.058). Isto porque este paradigma trata de decisão do STF sobre inconstitucionalidade de tributo – como marco para início do prazo prescricional –, quando o presente caso trata de resposta a consulta, como marco do início do prazo prescricional.

Em sentido similar, decidi esta Turma da CSRF em julgamento acima mencionado justamente analisando a similitude fática com este acórdão paradigma (2803-002.058), por unanimidade de votos:

Já o acórdão 2803-002.058 analisa Pedido de Restituição, com protocolo datado de 11 de setembro de 2008, sobre pagamentos indevidos referentes às competências de 01/01/1989 a 30/06/1991, diante da declaração pelo STF da inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689/89, em controle concentrado (Adin 15).

Já pela situação fática entendo não ser possível se identificar a divergência. Não houve nesse paradigma qualquer juízo de valor acerca das respostas às consultas formais, para fins de contagem do prazo para repetição do indébito.

E a meu ver nem através de analogia se pode equiparar a resposta à consulta à uma decisão em sede de Adin. São institutos jurídicos com regras e efeitos totalmente distintos. Como sabido, a resposta à consulta gera efeitos apenas em relação a quem a formula, criando regra que vale entre este contribuinte e o Fisco, já a Adin possui efeitos erga omnes, extirpando do mundo jurídico as regras legais sobre as quais trata. (processo administrativo nº 11610.002977/2007-84, acórdão 9101-002844)

Por tais razões, ausente similitude fática entre o acórdão recorrido e os paradigmas apresentados, voto por **não conhecer o recurso especial da Procuradoria**.

(assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

