



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

Processo nº 13807.001416/2003-62
Recurso nº 000.000 Embargos
Acórdão nº **1802-001.124 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 01 de fevereiro de 2012
Matéria EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Embargante ITAUTEC INF. S/A - GRUPO ITAUTEC PHILCO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1997

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO ACÓRDÃO.
INOCORRÊNCIA.

Na data em que foi proferido o acórdão embargado era inaplicável o art. 62-A do RICARF às decisões administrativas, quanto aos julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconheciam, no âmbito dos recursos repetitivos, o prazo prescricional de 10 anos para repetição do indébito tributário com base na “Tese 5+5” (afastamento da incidência da Lei Complementar nº 118/2005), pois tais decisões, por envolverem matéria constitucional – discussão de prazo prescricional em matéria tributária - não tinham caráter definitivo, uma vez que a constitucionalidade da citada Lei Complementar, na época, estava submetida e dependia de julgamento definitivo, de mérito, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, REJEITAR os embargos, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Ester Marques Lins de Sousa - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ester Marques Lins de Sousa, José de Oliveira Ferraz, Nelso Kichel, Marciel Eder Costa, Marco Antônio Nunes Catilho e Gustavo Junqueira Carneiro Leão.

Relatório

A contribuinte, inconformada com o decidido no Acórdão nº. 1802-00.802, de 22/02/2011, opôs os Embargos de Declaração em 15/07/2011 de fls. 397/407 com fundamento no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº. 256/2009, alegando a existência de omissão na decisão embargada.

O acórdão embargado tem a seguinte ementa:

(...)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO CSLL

Exercício: 1997

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTOS DE MESMA ESPÉCIE. DCOMP.

A partir de 01/01/2002, por força do art. 49 da Medida Provisória nº 66/02, todas as compensações tributárias, inclusive para débitos e créditos de mesma espécie, estão sujeitas a declaração de compensação.

A IN SRF nº 323/03, que acrescentou o § 6º ao art. 21 da IN SRF nº 210/02, não instituiu novo procedimento, nem deu nova interpretação administrativa, apenas declarou a necessidade de formalização de declaração de compensação, inclusive para débitos e créditos de mesma espécie, em consonância com legislação de regência vigente desde 01/10/2002.

DCOMP. APROVEITAMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO. DECADÊNCIA.

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05, em caráter interpretativo do disposto no inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional, determina que a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado, prescindindo da homologação dos procedimentos efetuados pelo administrado. É no momento do pagamento que se inicia a contagem do prazo de cinco anos para que o contribuinte possa pleitear a restituição.

PROTESTO GENÉRICO PELA PRODUÇÃO DE PROVA.

É inadmissível o pleito genérico para produção posterior de provas ou perícias.

*Recurso Voluntário Negado**(...)*

A embargante tomou ciência do acórdão embargado em 13/11/2011 (fl. 394-verso).

Os embargos foram protocolizados em 15/07/2011 (fls. 397/407), portanto, dentro do prazo de 05 (cinco) dias fixado no § 1º do artigo 65 do RICARF.

A embargante alega que o acórdão guerreado conteria omissão.

A propósito, transcrevo as razões do recurso da contribuinte (fls.397/407, *in verbis*:

*(...)**2.2. DA OMISSÃO INCORRIDA*

No v. acórdão embargado restou consignado que a tese dos "cinco mais cinco" pacificada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de recurso repetitivo, não se aplicaria à presente situação, pois teria efeitos somente inter partes e não erga omnes, sendo que para a Embargante se beneficiar da tese do prazo prescricional decenal deveria socorrer-se de ação judicial com base na referida construção jurisprudencial,(...)

Asseverou-se, ainda, que a Lei Complementar nº 118/2005 fixou "interpretação autêntica" aos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional implicando em "derrogação" da interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

No tocante à retroatividade imposta pelo artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a qual foi afastada pelo STJ, (...), o acórdão guerreado defendeu que os efeitos desse precedente somente abarcariam as demandas ajuizadas antes do início de vigência da Lei Complementar nº 118/2005, (...)

Em suma, consta-se que o v. acórdão ora embargado entendeu que a Recorrente necessitaria ter ajuizado ação judicial para o reconhecimento da tese acima. Nada obstante, em que pese o entendimento esposado no acórdão, verifica-se que houve omissão quanto a aplicação do artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que dispõe que a Corte Administrativa deve reproduzir as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos, conforme se verifica da transcrição a seguir:

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.
(grifamos)

(Incluído pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010)

Ora, se a matéria aqui tratada já foi julgada pelo E. Superior Tribunal de Justiça pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, forçoso concluir que o entendimento adotado por esse E. Conselho deve, obrigatoriamente, estar em conformidade com aquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de omissão e até mesmo de descumprimento de disposição regimental, como ocorreu inquestionavelmente in casu.

(...)

Assim, diante da previsão do artigo 62-A dessa Corte Administrativa, é imperioso o saneamento da omissão constante da decisão ora embargada de modo que o entendimento adotado por essa E. Turma esteja em conformidade com aquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, de modo, inclusive, a fazer cumprir o seu próprio Regimento.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer a Embargante o acolhimento dos presentes Embargos, ainda que com efeitos infringentes, para que seja sanada a omissão apontada, reconhecendo-se o direito creditório da Embargante e, por conseguinte, homologando-se as compensações efetuadas.

É o relatório.

Voto

Os Embargos de Declaração foram protocolizados tempestivamente e preenchem as demais condições de admissibilidade. Portanto, deles conheço.

A embargante alegou que a decisão embargada deixou de aplicar o art 62-A do RICARF, ou seja, de reproduzir decisão definitiva de mérito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em matéria infraconstitucional, nos recursos repetitivos, quanto ao prazo prescricional de dez anos para repetição do indébito tributário (“Tese 5+5” do STJ).

Diversamente do alegado pela embargante, não há a alegada omissão no acórdão embargado.

Antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que o pedido de repetição do indébito, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, sujeitava-se a prazo prescricional de dez anos a partir do pagamento a maior ou indevido, por força de uma interpretação conjunta dos artigos 150, § 4º, 156, VII e 168, I, do Código Tributário Nacional (Tese 5+5 do STJ).

Para afastar esse entendimento jurisprudencial, foi publicada a Lei Complementar nº 118/2005, ao determinar, em seus arts. 3º e 4º, *in verbis*:

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.

O artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, conforme transcrição acima, determinou a aplicação retroativa do art. 3º, por ter natureza de norma interpretativa, conforme art. 106, I, do CTN.

Num primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem declarar de forma direta a inconstitucionalidade da norma, construiu a tese, aplicada de forma pontual em cada julgamento, de que a aplicação da norma a fatos anteriores a vigência da Lei Complementar ofendia o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (Constituição Federal, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Instado a se pronunciar sobre essas decisões do STJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, ao afastar a incidência da norma pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos extraídos da Constituição, o STJ, na verdade, declarou a

inconstitucionalidade da norma, embora sem o explicitar. Em consequência, a Corte Suprema impôs ao STJ a obediência à norma do artigo 97 da Constituição Federal, determinando que fosse cumprida a "cláusula de reserva de plenário".

Obedecendo a decisão do STF, o Superior Tribunal de Justiça suscitou e acolheu incidente de inconstitucionalidade, consolidando o entendimento de que a norma interpretativa da Lei Complementar nº 118/2005 só seria aplicada aos pagamentos indevidos ocorridos após a vigência da lei.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, pelo Pleno, em sede de Recurso Extraordinário, iniciou a análise do mérito da questão constitucional.

Neste ponto, convém reiterar que a Constituição Federal confere ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição, cabendo-lhe, além da competência exclusiva para declarar a inconstitucionalidade no controle concentrado, a competência de órgão máximo revisor das decisões de todos os demais órgãos judicantes que praticam o controle de constitucionalidade difuso.

Assim, não há decisão definitiva, quando a questão é constitucional, antes do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Na data em que foi proferido o acórdão embargado, dia 22/02/2011, ainda não havia decisão definitiva do STF, em relação à constitucionalidade do art. 4º da LC nº 118/2005.

Portanto, a "Tese 5+5" do STJ, por ser uma construção meramente jurisprudencial, sua aplicação ficou restrita às demandas deduzidas em juízo, ou seja, com efeito apenas *inter partes*; sem força para aplicação às demandas nos processos administrativos.

Por conseguinte, a invocação do artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que dispõe que a Corte Administrativa deve reproduzir as decisões definitivas de mérito, em matéria infraconstitucional, proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça pela sistemática dos recursos repetitivos, é inaplicável no caso, mormente na data em que foi proferido o acórdão embargado.

Ou seja, na data em que foi proferido o acórdão embargado era inaplicável o art. 62-A do RICARF às decisões administrativas, quanto aos julgados do Superior Tribunal de Justiça que reconheçam, no âmbito dos recursos repetitivos, o prazo prescricional de 10 anos para repetição do indébito tributário com base na "Tese 5+5" (afastamento da incidência da Lei Complementar nº 118/2005), pois tais decisões, por envolverem matéria constitucional – discussão de prazo prescricional em matéria tributária - não tinham caráter definitivo, uma vez que a constitucionalidade da citada Lei Complementar, na época, estava submetida e dependia de julgamento definitivo, de mérito, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário.

Como demonstrado não há a alegada omissão de aplicação do Regimento Interno do CARF, quanto ao acórdão embargado.

Não obstante, a irresignação da recorrente deve ser apresentada em grau Recurso Especial, pois a questão do prazo para repetição do indébito tributário - Lei Complementar nº 118/2005 (art.4º) - já foi enfrentada, no mérito, pelo Pleno do STF, Corte Suprema guardiã da Constituição da República Federativa do Brasil, no RE nº 566.621/RS.

Vale dizer, na sessão plenária de 04/08/2011, no RE nº 566.621/RS, Relatora Min. Ellen Gracie, sob regime de repercussão geral, o STF – por maioria de votos - declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, decisão publicada em 11/10/2011, cuja ementa desse *decisum*, transcrevo a seguir:

“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 A REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, 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 de 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.

(...)

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 seus direitos

(...).

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.

(...)

Essa decisão do STF, que afastou a aplicação retroativa do art. 3º da LC nº 118/2005, garantiu a aplicação do prazo prescricional de dez anos a partir do pagamento indevido ou a maior para repetição do indébito tributário, desde que as demandas tenham sido ajuizadas ou protocolizadas administrativamente até a data de 09/06/2005.

A repetição do indébito tributário ajuizada ou protocolizada administrativamente após 09/06/2005 sujeita-se a prazo prescricional de cinco anos a partir do pagamento, independentemente se o pagamento indevido ou a maior ocorreu antes ou depois dessa data.

Portanto, diversamente do alegado, não há omissão no acórdão embargado.

Por tudo que foi exposto, voto no sentido de rejeitar os embargos de declaração.

(documento assinado digitalmente)

Nelso Kichel