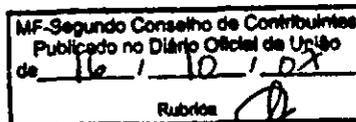




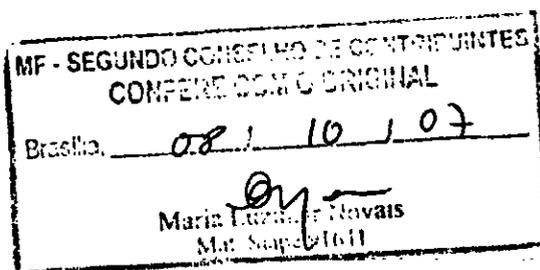
Ministerio da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF  
Fl.

Processo nº : 13827.000695/2003-17  
Recurso nº : 138.630  
Acórdão nº : 204-02.678



Recorrente : GENNARI & PEARTREE PROJETOS E SISTEMAS LTDA.  
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP



RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. PRAZO DECADENCIAL. O prazo para pleitear a restituição de tributos pagos a maior ou indevidamente, mesmo daqueles sujeitos a lançamento por homologação, é de cinco anos e se conta a partir da data do recolhimento indevido, a teor dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

NORMAS GERAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO - DE - NORMA LEGAL VIGENTE E EFICAZ. Aos julgadores administrativos é vedado afastar a aplicação de norma regularmente editada e em vigor por motivo de inconstitucionalidade, prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário e, em última instância, do Supremo Tribunal Federal.

**Recurso negado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por GENNARI & PEARTREE PROJETOS E SISTEMAS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan, Airton Adelar Hack e Mauro Wasilewski (Suplente).

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2007.

Henrique Pinheiro Torres  
Presidente  
  
Julio César Alves Ramos  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Nayra Bastos Manatta.





Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n<sup>o</sup> : 13827.000695/2003-17  
Recurso n<sup>o</sup> : 138.630  
Acórdão n<sup>o</sup> : 204-02.678

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
08 10 07  
MIRIAM LACERDA DE ALMEIDA  
SECRETÁRIA-GERAL

2<sup>o</sup> CC-MF  
- FL.  
\_\_\_\_\_

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR  
JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS

O recurso é tempestivo, pois a empresa foi cientificada em 27/11/2006 e o apresentou em 21 de dezembro seguinte. Dele tomo conhecimento.

A decisão recorrida não merece ser reformada. Com efeito, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributos vem expressa e exaustivamente regrado no art. 168 c/c 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 artigo 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.*

...

*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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;*

*II - na hipótese do inciso III do artigo 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.*

Estabelecem eles, portanto, que será de cinco anos e seu termo inicial será o da extinção do crédito tributário.

A disputa que se instaurou doutrinariamente dizia respeito à ocorrência da extinção do crédito no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação de que trata o art. 150 daquele código. Isso por causa da condição presente no seu parágrafo 1º e da redação do parágrafo 4º negritados abaixo:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

*§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*

*§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.*

*§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13827.000695/2003-17  
Recurso nº : 138.630  
Acórdão nº : 204-02.678

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Local:	08 / 10 / 07
Maria Luísa de Novais Mat. N.º 91641	

2º CC-MF
Fl.
_____

*§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Pacificando o assunto, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que o marco inicial somente se daria com a homologação, tácita ou expressa, do pagamento antecipado, no que ficou conhecido como a tese dos cinco mais cinco. Ela se baseia ainda na disposição do inciso VII do art. 156 do CTN, que assim está redigido:

*Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*

*I - o pagamento;*

*II - a compensação;*

*III - a transação;*

*IV - remissão;*

*V - a prescrição e a decadência;*

*VI - a conversão de depósito em renda;*

*VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;*

*VIII - a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;*

*IX - a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;*

*X - a decisão judicial passada em julgado.*

*XI - a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.*

*Parágrafo único. A lei disporá quanto aos efeitos da extinção total ou parcial do crédito sobre a ulterior verificação da irregularidade da sua constituição, observado o disposto nos artigos 144 e 149.*

Essa interpretação apresenta a dificuldade, apontada por inúmeros doutrinadores entre os quais Marco Aurélio Greco, de dar à condição "resolutória" prevista no parágrafo 1º do art. 150 um caráter que a ela não atribui o direito civil. Com efeito, estabelece o art. 119 do Código Civil:

*Art. 119. Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.*

Essa disposição é expressamente adotada pelo próprio CTN em seu art. 117, II:

*Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:*

*I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;*

*II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.*

Destarte, com o devido respeito que merecem todas as abalizadas vozes que defendem esse entendimento, dele divirjo por considerar que, efetuado o pagamento, produz este

4



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	2ª CC-MF
COMISSÃO DE RECURSOS	Fl.
08 / 10 / 07	
<i>[Assinatura]</i>	

Processo nº : 13827.000695/2003-17  
Recurso nº : 138.630  
Acórdão nº : 204-02.678

todos os efeitos, tanto para o sujeito passivo quanto para o sujeito ativo. Quer isto dizer que a administração somente mediante a homologação pode modificá-lo; ao sujeito passivo, pelo contrário, já cabe qualquer pleito relativo a erro na determinação de seu montante em face da legislação tributária aplicável, o qual cessa com o prazo previsto no § 4º daquele art. 150.

Ou seja, esgotado o prazo homologatório, já não podem se manifestar sobre o crédito tributário tanto o sujeito ativo quanto o passivo.

De qualquer sorte, a questão me parece sepultada com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, que é enfática em seu art. 3º; veja-se:

*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.*

E que esse entendimento sempre prevaleceu, diz-nos o art. 4º da mesma LC, ao explicitar o seu caráter meramente interpretativo. Confira-se:

*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.*

Assim, dúvida não cabe mais de que, enquadrando-se a situação do contribuinte na hipótese dos incisos I ou II do art. 168, o início do prazo inquestionavelmente se dá com cada pagamento indevido praticado e se encerra definitivamente ao cabo de cinco anos contados do pagamento indevido.

Aqui apenas cabe uma palavra acerca de posicionamento que vinha sendo adotado pelo STJ, e que também é mencionado pelo contribuinte, no sentido de que não se poderia aplicar retroativamente a disposição do art. 3º da LC 118.

Ocorre que a retroatividade está expressa no art. 4º da própria Lei, como se mostrou acima. Destarte, somente se pode negá-la sob o argumento de sua inconstitucionalidade. E nesse ponto, cedo hoje descaber poder aos julgadores administrativos. No âmbito do Conselho de Contribuintes, até por disposição regimental (art. 22A introduzido pela Portaria MF nº 103/2002 no Regimento interno dos Conselhos de Contribuintes baixado pela Portaria MF nº 55/98).

Nem mesmo a recente reiteração daquele posicionamento pelo Pleno do STJ afasta tal impossibilidade, por não ter ela poder vinculante dos órgãos administrativos na forma estabelecida nos arts. 1º a 5º do Decreto nº 2.346/97:

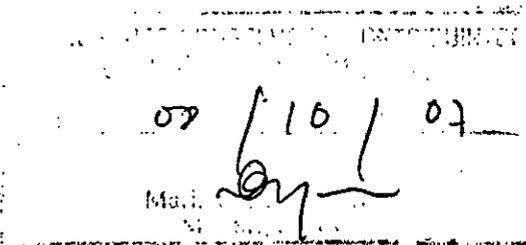
*Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.*

*§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.*



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo n<sup>o</sup> : 13827.000695/2003-17  
Recurso n<sup>o</sup> : 138.630  
Acórdão n<sup>o</sup> : 204-02.678



§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Art. 1ª-A. Concedida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal, ficará também suspensa a aplicação dos atos normativos regulamentadores da disposição questionada. Parágrafo único. Na hipótese do caput, relativamente a matéria tributária, aplica-se o disposto no art. 151, inciso IV, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, às normas regulamentares e complementares.

Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Art. 3º À vista das súmulas de que trata o artigo anterior, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais.

Art. 4º Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

Como se vê, o regramento é preciso e só aventa decisões oriundas do STJ em dois de seus artigos. Em ambos, requer a existência de ato adicional: súmula oriunda da Advocacia Geral da União ou Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Neste segundo caso, é bom frisar, apenas nas decisões específicas da área de competência do STJ. No caso em tela, a competência é do STF e dele ainda não se tem pronunciamento.

Destarte, considero que o prazo decadencial para restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos e começa a fluir a partir da data do recolhimento



Ministério da Fazenda  
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Processo: 08.10.07  
Mandado: Luí Novais  
Mat. Sign: 1104

2º CC-MF  
Fl.  
\_\_\_\_\_

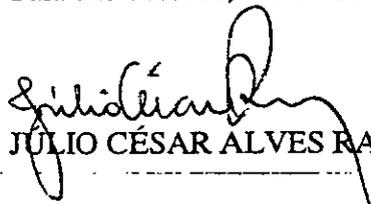
Processo nº : 13827.000695/2003-17  
Recurso nº : 138.630  
Acórdão nº : 204-02.678

efetuado. No presente caso, todos os recolhimentos foram efetuados há mais de cinco anos da data do pedido, pelo que decaídos estão.

Com essas considerações, e sem entrar no mérito da postulação, voto por negar provimento ao recurso interposto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2007.

  
JULIO CÉSAR ALVES RAMOS