



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

Processo n° 13971.001856/2004-07
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 1302-003.538 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de abril de 2019
Matéria Csl
Recorrente POSTHAUS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL

Ano-calendário: 1995, 1996

PRAZO PARA PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MATÉRIA DECIDIDA NO STF NA SISTEMÁTICA DO ART. 543B DO CPC. TEORIA DOS 5+5 PARA PEDIDOS PROTOCOLADOS ANTES DE 9 DE JUNHO DE 2005. SÚMULA Nº 91 CARF

O art. 62 do RICARF obriga a utilização da regra do RE nº 566.621/RS, decidido na sistemática do art. 543B do Código de Processo Civil, o que faz com que se deva adotar a teoria dos 5+5 para os pedidos administrativos protocolados antes de 9 de junho de 2005.

Essa interpretação entende que o prazo de 5 anos para se pleitear a restituição de tributos, previsto no art. 168, inciso I, do CTN, só se inicia após o lapso temporal de 5 anos para a homologação do pagamento previsto no art. 150, §4o, do CTN, o que resulta, para os tributos lançados por homologação, em um prazo para a repetição do indébito de 10 anos após a ocorrência do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator.

(assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Henrique Silva Figueiredo, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa (Relator), Ricardo Marozzi Gregório, Rogério Aparecido Gil, Maria Lucia Miceli, Gustavo Guimarães da Fonseca, Flávio Machado Vilhena Dias, e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

Relatório

Para a devida síntese do processo em exame, transcrevo o relatório da DRJ/FNS, complementando-o ao final:

Por meio do Despacho Decisório de f. 296, foi indeferido o Pedido de Restituição de CSLL protocolado pela interessada em 13/10/2004, f. 1 a 6, e não homologadas as Declarações de Compensação de f. 271 a 285. O crédito seria proveniente de pagamentos a maior, efetuados durante os anos-calendário de 1995 e 1996.

A fundamentação da decisão (f. 266 a 269) foi a de que o pedido foi apresentado após o prazo de cinco anos, previsto no Código Tributário Nacional, prazo este contado a partir dos respectivos pagamentos. Deste modo, o direito à restituição já havia sido atingido pela decadência. Acerca da solicitação de exclusão de débitos de estimativa de CSLL do ano-calendário de 1995, consolidados no REFIS, a autoridade recorrida declarou que caberia ao interessado providenciar respectivo pedido de revisão do parcelamento.

Irresignada, a contribuinte encaminhou a manifestação de inconfor^midade de f. 109 a 121, na qual alega, em síntese, que:

- Na modalidade de lançamento por homologação, o prazo decadencial para sua repetição é de 10 anos, ou seja, 5 anos para a sua homologação e mais 5 referentes a prescrição, a teor da interpretação aglutinada dos arts. 150, § 4º, 165, I, e 168, I, do CTN;

- O Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, proferiu decisão com este entendimento, por meio do acórdão 102- 44.382 de 17/08/2000;

- *Tal entendimento, conhecido como a "tese dos cinco mais cinco" encontra respaldo na jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça mesmo após o advento da Lei Complementar nº 118/05;*

- *A 1ª Seção do STJ, no julgamento do Recursos Especial nº 1.001932/SN em julgado de 25/11/2009, de relatoria do Ministro Luiz Fux, declarou que:*

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002 segundo o qual o qual: "Serão os da lei anterior Os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada").

- *Requer a reforma do despacho decisório, a homologação de todas as compensações efetuadas pela empresa, e a reunião ao presente processo do processo nº 13971.002322/2010-38, referente à Solicitação de Revisão de Débitos Consolidados no REFIS, para que somente ao final do presente processo, seja decidido sobre a sua procedência.*

Após análise das razões acima, a 7ª Turma de Julgamento da DRJ/FNS, através do Acórdão nº 07-22.085, julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade e, por via de consequência, não reconheceu o direito creditório pleiteado.

Nesse sentido, segue ementa do acórdão recorrido:

ASSUNTO: NORMAS GERIAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano – calendário: 1995, 1996

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL

O direito de pleitear a restituição extingue – se com o decurso do prazo decadencial de cinco anos, contado da data do pagamento indevido.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano – calendário 1995,1996

*ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E
INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIÇÃO*

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

Manifestações de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário submetendo o caso à apreciação deste Conselho, aduzindo, em síntese, as mesmas razões da Manifestação de Inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa – Relator.

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário.

O crédito aqui discutido decorre do Pedido de Restituição de CSLL protocolado pela recorrente em 13/10/2004, decorrente de pagamentos a maior, durante os anos-calendário de 1995 e 1996.

O acórdão recorrido manteve o entendimento do despacho decisório, no sentido que a pretensão do recorrente estaria decaída, pela decorrência do prazo de 05 anos.

Para tanto, cumpre uma breve exposição sobre o tema.

O Código Tributário Nacional trás dispositivos sobre o tema, senão vejamos:

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.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a 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.

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; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

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.

Apesar da aparente simplicidade dessas normas, sabe-se que a discussão sobre o prazo para se pleitear a restituição dos tributos lançados por homologação é questão tormentosa, que vem dividindo a doutrina e as jurisprudências administrativa e judicial há tempos.

As divergências se iniciam na própria natureza desse prazo, sendo comum as decisões administrativas relacionarem sua perda ao instituto da decadência, e as judiciais, ao da prescrição, questão deixada em aberto nesse voto, por não possuir qualquer relevância com a solução adotada.

De toda a discussão sobre o tema, três soluções prevaleceram no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

A primeira concede o prazo de cinco anos contado a partir do pagamento indevido e é o entendimento esposado pela Administração tributária. A interpretação decorre da determinação do art. 168, inciso I, do CTN, que ordena o início do prazo na data de extinção do crédito tributário, em conjunto com o art. 150, §1º, do CTN, que determina que o pagamento antecipado extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento. Como a extinção ocorre sob condição resolutória, ela opera efeitos imediatos, devendo-se considerar o crédito tributário extinto a partir do recolhimento.

A segunda, também conhecida como “teoria dos 5+5”, reconhece o prazo de dez anos a partir da ocorrência do fato gerador, e foi o entendimento que terminou por prevalecer após longa discussão no Superior Tribunal de Justiça – STJ. Para se chegar a essa conclusão, considerou-se que a extinção do crédito tributário só ocorre após a homologação do lançamento, que, se não acontecer de forma expressa, dar-se-ia tacitamente após 5 anos do pagamento, quando se iniciaria novo período de 5 anos para o pedido de restituição.

A terceira diz respeito apenas aos tributos declarados inconstitucionais com efeitos *erga omnes*, quando a contagem do prazo para a repetição do indébito se iniciaria após essa declaração, ou então após o reconhecimento pela Administração Tributária da exação como indevida.

Tentando resolver esse impasse, a Lei complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, trouxe as seguintes determinações:

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.

Isto é, o novo ato legal buscou fazer interpretação autêntica do art. 168 do CTN, pois determinou sua aplicação a fatos pretéritos por se considerar expressamente interpretativo (art. 106, inciso I do CTN), optando pela primeira solução acima descrita.

Diante da inovação legislativa, o STJ concluiu que a nova norma não tinha caráter meramente interpretativo, pois afastava interpretação há muito consolidada, e passou a aplicar a nova regra inicialmente apenas para as ações ajuizadas após a data de vigência da

nova lei, em 9 de junho de 2005, mas terminou fixando o entendimento de que o novel regramento se aplica aos pagamentos ocorridos após essa data.

Pacificando essa discussão, o Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, em 11 de outubro de 2011, com trânsito em julgado em 17 de novembro de 2011, decidiu pela inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei complementar nº 118, de 2005, mas definiu que a nova lei poderia ser aplicada para as ações ajuizadas a partir da data de sua vigência, em 9 de junho de 2005, como demonstra a ementa abaixo transcrita:

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

Quando do advento da LC 118/05, 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 do 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.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

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 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.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08 que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

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.

Como a decisão acima foi tomada na sistemática do art. 543-B, § 3º, do CPC, os julgamentos do CARF devem adotar esse entendimento, por determinação do art. 62 do anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

Tal entendimento deu origem a Súmula CARF nº 91, que preceitua:

Súmula CARF nº 91: Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

Assim, no presente caso, como o pedido de restituição foi protocolado em 2004, não se encontra decaído o direito creditório do recorrente.

Conclusão

Processo nº 13971.001856/2004-07
Acórdão n.º **1302-003.538**

S1-C3T2
Fl. 628

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao recurso voluntário, determinando o retorno dos autos à DRF de origem para continuidade da análise do direito creditório do contribuinte.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa