



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

Processo nº 13971.002283/2003-40
Recurso nº 349.946
Acórdão nº 3801-00.388 – 1ª Turma Especial
Sessão de 28 de abril de 2010
Matéria IPMF
Recorrente KUALA SA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/12/1993

DECADÊNCIA. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

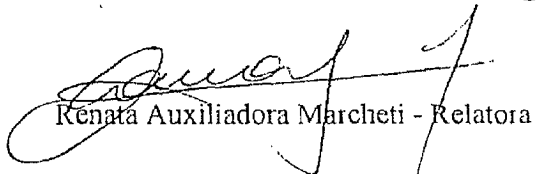
O prazo para pleitear restituição de tributos, inclusive os sujeitos a lançamento por homologação, decai após o transcurso de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencida a Conselheira Renata Auxiliadora Marcheti (Relatora). Designado o Conselheiro Flávio de Castro Pontes para redigir o voto vencedor.


Magda Cotta Cardozo - Presidente


Flávio de Castro Pontes - Redator Designado


Renata Auxiliadora Marcheti - Relatora

EDITADO EM: 05/08/2010

Participaram do presente julgamento os conselheiros Magda Cotta Cardozo, Flávio de Castro Pontes, Arno Jerke Júnior, Renata Auxiliadora Marchetti, Paulo Sérgio Celani (suplente) e Maria Adelaide Carreiro Gonçalves de Aquino(suplente).

Ausente, justificadamente, a conselheira Andréia Dantas Lacerda Moneta.

Relatório

Por bem lançado adoto o relatório da DRJ:

Trata o presente processo de pedido de restituição, protocolizado em 17/09/2003, de crédito relativo a recolhimentos indevidos que teriam sido efetuados a título de IPMF entre agosto de 1993 e dezembro de 1993, no valor total de R\$ 69.113,49 (folha 01).

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC pelo indeferimento do pedido de restituição (Despacho Decisório às folhas 43 a 45), fazendo-o com base na assertiva de que, em face dos conteúdos do inciso I do artigo 165 e inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional (CTN), do Parecer PGFN/CAT n.º 550/1999 e do Ato Declaratório SRF n.º 96/1999, o prazo para restituição do indébito tributário seria de cinco anos, com termo inicial na data do pagamento indevido. É que como os recolhimentos reclamados pela contribuinte foram efetuados entre agosto de 1993 e dezembro de 1993, e o pedido de restituição foi protocolizado apenas em 17/09/2003, o pedido repetitório seria intempestivo.

Irresignada com tal indeferimento, encaminhou a contribuinte, por meio de seu procurador - mandato às folhas 58 e 59, a manifestação de inconformidade, às folhas 48 a 52, na qual contesta a decisão da DRF/Blumenau/SC com base na alegação de que já está firmada a jurisprudência no sentido de que o prazo para repetição do indébito seria de 10 anos (a chamada tese "dos cinco mais cinco"), e não de 5 anos como pretende a autoridade fiscal.

Julgada improcedente a impugnação, apresentou recurso.

Em sede de recurso, repisa os mesmos argumentos da impugnação.

Passo ao voto.



Voto Vencido

Conselheira Renata Auxiliadora Marcheti, Relatora

Como no relatório deste acórdão se viu, contesta a contribuinte a decisão da DRF/Blumenau/SC com base na alegação de que já está firmada a jurisprudência no sentido de que o prazo para repetição do indébito seria de 10 anos (a chamada tese "dos cinco mais cinco").

Tenho votado no sentido de que o prazo extintivo do direito para se pleitear a restituição/compensação de tributos e contribuições sujeitos a lançamento por homologação, quando tal homologação é tácita, deve ser entendido como sendo de 10 (dez anos) após a data em que deveria ter ocorrido o cumprimento da obrigação tributária.

Entendo dessa forma porque tais tributos ou contribuições dependem da referida homologação que, somente pode ocorrer de duas formas – de forma expressa e de forma tácita. A forma expressa da homologação que extingue o crédito tributário depende de manifestação da Fazenda. Já a homologação tácita ocorre após 5 anos da data em que deveria ter sido cumprida a obrigação tributária sem que a Fazenda tenha se manifestado de forma nenhuma.

Dispõe o art. 168, I do Código Tributário Nacional que "o direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso do prazo de 05(cinco) anos, contados, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário."

Ocorre que em se tratando de tributos ou contribuições sujeitos a lançamento por homologação, como no caso dos autos, a extinção do crédito tributário somente ocorre com a formal homologação do procedimento adotado pelo contribuinte, pela autoridade fiscal ou, no caso de inexistência desta homologação expressa, com o decurso de 05 anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150 e §§ do Código Tributário Nacional.

Não tendo ocorrido a homologação expressa, o prazo prescricional de 5 anos inicia-se após o decurso dos 5 anos em que ocorre a homologação tácita; em conclusão, à falta de homologação expressa, ocorrerá a prescrição apenas dos recolhimentos indevidos anteriores a 10 anos da data do pleito.

Ressalte-se que se trata de prazo legal, de forma que o prazo prescricional flui a contar da data da homologação expressa ou tácita, por isso mesmo sendo irrelevante a data em que o tributo venha a ser pago pois a homologação do lançamento é condição resolutória da extinção do crédito tributário mesmo após o pagamento.

Assim, em se tratando de direito de compensação e/ou restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não havendo homologação expressa (o que de regra acontece), na prática a prescrição se dá pelo prazo de 10 (dez) anos a contar da data do fato gerador e seu termo final deve ser verificado em relação à data da propositura da ação ou do pedido administrativo.

Neste feito, cumpre decidir se cabe a compensação de interesse da postulante.

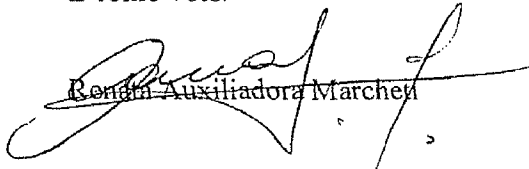


Com efeito.

Depreende-se dos documentos juntados às fls. 21 e seguintes que a recorrente teve valores recolhidos no período de 1993, a título de IPMF (LC 77 de 1993) quando tal recolhimento somente seria exigível após o período da anterioridade, conforme art. 150, III, "b", e CF 88, anterioridade essa reconhecida como necessária pelo STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939/DF.

Assim sendo, estando preenchidos os requisitos legais e processuais para a restituição entendendo-se a mesma devida, tendo ultrapassado a questão da preliminar para acolher a tese de que o prazo para se pleitear tal restituição é de 10 anos a contar do fato gerador.

É como voto.


Ronda Auxiliadora Marchetti

Voto Vencedor

Conselheiro Flávio de Castro Pontes - Redator designado

Ainda que respeitáveis as razões da ilustre relatora, discordo em relação ao prazo que o sujeito passivo tem para pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

A propósito, o art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN estabelece as hipóteses em que o sujeito passivo tem direito à repetição do indébito:

"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,

(..)"

Por seu turno, na hipótese do inciso I, o art. 168 c/c com o 156 do CTN fixa esse prazo em cinco anos, *in verbis*:

"Art. 156. Extinguem o crédito Tributário.

I – o pagamento;

(..)"

"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;"



Desta forma, o CTN fixou um prazo decadencial de cinco anos, contados do pagamento, para a devolução de valores recolhidos a maior ou indevidos. Em que pese a tese da recorrente, prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita, tese dos “cinco mais cinco”, o termo inicial do prazo para o exercício do direito de pleitear a restituição de tributos sujeito a lançamento por homologação é a data do pagamento.

Cabe, mais, acrescentar que a Lei Complementar nº 118, de 2005 dispôs nos arts. 3º e 4º que, em se tratando de lançamento por homologação, o termo inicial do prazo para pedido de restituição é a data do pagamento:

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.

Outrossim, por se tratar de lei meramente interpretativa, aplica-se a fato pretérito, conforme previsto no art. 106, I do CTN:

Art. 106 A lei aplica-se a ato ou fato pretérito.

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados,

Assinale, ainda, que a autoridade julgadora não pode afastar a aplicação de norma jurídica, visto que o controle das constitucionalidades das leis é prerrogativa do Poder Judiciário, seja pelo controle abstrato ou difuso.

Neste sentido, o art. 26-A do Decreto nº 70.235/72:

Art. 26-A No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)(grifou-se)

(.)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)



II – que fundamente crédito tributário objeto de (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Vale observar que, *in casu*, não ocorreu nenhuma das situações previstas no § 6º desse artigo, em especial a declaração de inconstitucionalidade, por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal, da Lei Complementar nº 118/2005.

Quanto ao prazo extintivo, Luciano Amaro em *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 427, esclarece:

A restituição deve ser pleiteada no prazo de cinco anos, contados do dia do pagamento indevido, ou, no dizer inadequado do Código Tributário Nacional (art. 168, I), contados “da data da extinção do crédito tributário”

Esse prazo – cinco anos contados da data do pagamento indevido – aplica-se, também, aos recolhimentos indevidos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em relação aos quais o Código prevê que o pagamento antecipado (art. 150) “extingue o crédito, sob condição resolutória” (§1º) (.)

Os pagamentos objeto do presente pedido ocorreram entre 01/08/1993 e 31/12/1993, e o pedido foi protocolado somente em 17/09/2003, isto é, há mais de cinco anos da data do pagamento mais recente.

Deste modo, não se reconhece na esfera administrativa o direito à restituição de valores que estão alcançados pela decadência nos termos da legislação tributária citada.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, tendo em vista que operou-se os efeitos da decadência.


Flávio de Castro Pontes