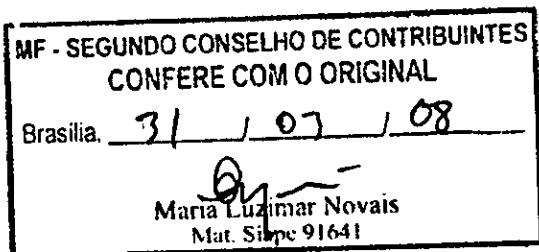




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº	13984.000898/2001-21
Recurso nº	141.178 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	204-03.065
Sessão de	14 de fevereiro de 2008
Recorrente	INDÚSTRIA DE FÓSFOROS CATARINENSE LTDA.
Recorrida	DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC



Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/1996

Ementa: RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. PRAZO DECADENCIAL.

Nos termos dos arts. 165 e 168 do CTN, o prazo de que dispõe o sujeito passivo para pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior do que o devido é de cinco anos e se conta a partir do recolhimento indevidamente praticado, consoante interpretação ratificada pela Lei Complementar nº 118/2005, arts. 3º e 4º.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

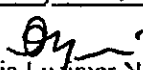
ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Airton Adelar Hack e Leonardo Siade Manzan.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Presidente

JULIO CÉSAR ALVES RAMOS
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, as Conselheiras Ana Maria Barbosa Ribeiro (Suplente) e Sílvia de Brito Oliveira.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 07 / 08
	
Maria Luzimar Novais	
Mat. Sape 91641	

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	31 / 03 / 08
	
Maria Luzimar Novais Mat. SIAPE 91641	

Relatório

Cuida-se de recurso voluntário tempestivamente apresentado contra decisão da DRJ Florianópolis-SC denegatória de pleito de restituição formalizado em 26 de dezembro de 2001. Nele, pretende a empresa ver restituídos recolhimentos de Cofins que afirma terem sido efetuados a maior no período de janeiro a dezembro de 1996. Instruiu-o com os documentos que entendeu comprovarem o seu direito, entre os quais cópias das DCTF entregues e dos documentos de arrecadação que demonstram que os recolhimentos ocorreram entre 09 de fevereiro de 1996 e 24 de janeiro de 1997.

Os indêbitos pleiteados correspondem à diferença entre o valor recolhido e o declarado em DCTF e atingem em valor original R\$ 12.782,35, tendo a empresa feito incidir sobre eles a taxa Selic desde a data do recolhimento até o do pedido, aumentando-o para R\$ 25.971,89 (fl. 14).

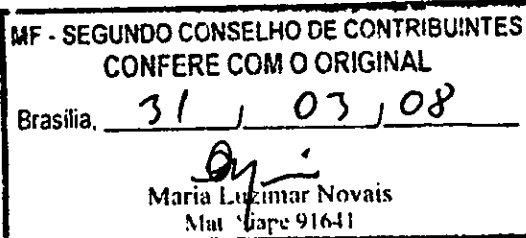
Somente em 15 de fevereiro de 2002 (fl. 77), a empresa apresentou "Pedido de Compensação" vinculando parte dos indêbitos a débitos de CSLL vencidos entre 31 de julho de 1997 e 31 de outubro de 1997. Esses débitos são, portanto, de vencimento posterior aos recolhimentos indevidos.

A DRJ ratificou o inteiro teor do Despacho Decisório proferido pela Delegacia da Receita Federal em Lages-SC, em 09 de fevereiro de 2007, cientificado ao contribuinte em 15 de fevereiro de 2007 (fls. 82 e 89). Nele, havia sido apontada a decadência, por aplicação do disposto nos arts. 165 e 168 do CTN, do direito a restituição de todos os valores cujos recolhimentos ocorreram no ano de 1996. Ali apenas se autorizara a utilização da diferença relativa ao mês de dezembro de 1996, cujo recolhimento se deu já em 1997. E, por consequência, não foram homologadas as compensações com os créditos considerados decaídos, que estão sendo cobrados pela SRF.

Contra essa decisão, aduz, unicamente, que o prazo somente deve começar a ser contado com a homologação, tácita ou expressa, do recolhimento antecipado, no que entende ser a melhor interpretação do disposto no art. 156 do CTN, consoante tese inicialmente formulada no Superior Tribunal de Justiça e que hoje encontra guarida em algumas instâncias administrativas, do que fez prova.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro JÚLIO CÉSAR ALVES RAMOS, Relator

A decisão recorrida não merece ser reformada. Com efeito, trata-se de pedido de restituição de tributo supostamente recolhido a maior em vista da legislação em vigor. Assim, aqui sequer se apresenta a discussão tantas vezes enfrentada nesta Casa acerca do prazo quando a causa do pedido é a declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundou. A decisão recorrida apontou que têm aplicação os comandos dos arts. 165 e 168 da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Com efeito, os dispositivos citados estabelecem o prazo para a contribuinte pleitear a restituição de tributos:

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.

Fixam, portanto, que ele será de cinco anos e seu termo inicial será o da extinção do crédito tributário quando infringidos os incisos I e II do art. 165. O inciso III somente tem aplicação quando a própria administração reforma decisão anterior sua ou o Poder Judiciário o faz.

O presente caso se submete ao inciso I daquele art. 165, que estabelece como marco inicial a data de extinção do crédito. E aqui há de se reconhecer que dúvidas havia acerca do momento em que se dava aquela 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.

§ 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;

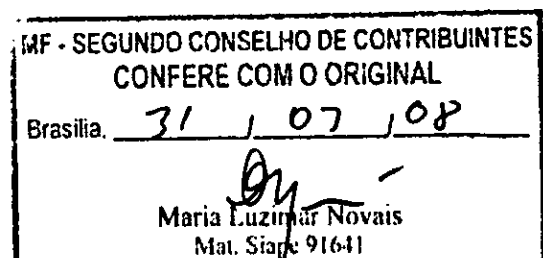
VI - a conversão de depósito em renda;

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;

LX - 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.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 31 / 07 / 08
Maria Luzimar Novais
Mat. Sape 91641

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 não lhe 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.

Assim, com o devido respeito que merecem todas as abalizadas vozes que defendem esse entendimento, dele divirjo por considerar que, efetuado o pagamento antecipado na forma do art. 150, produz este todos os efeitos, tanto para o sujeito passivo quanto para o sujeito ativo. Quer isto dizer que a administração somente naquele prazo 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 no mesmo 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 da 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 uma palavra acerca de posicionamento que vinha sendo adotado pelo STJ 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. Desse modo, somente se pode negá-la sob o argumento de sua inconstitucionalidade. E nesse ponto, cediço hoje descaber poder aos julgadores administrativos. No âmbito do Conselho de Contribuintes, até por disposição regimental (art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes baixado pela Portaria MF nº 147, de 27 de junho deste ano). Essa posição é hoje objeto de súmula administrativa já aprovada no âmbito deste Segundo Conselho de Contribuintes.

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.

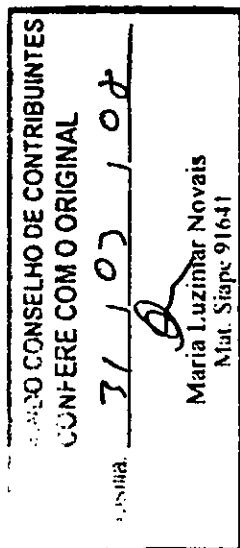
§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 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. 1º-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.

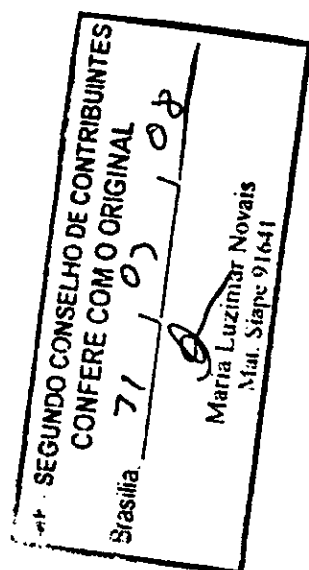
Parágrafo único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado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

Assim, entendo inaplicável a tese dos cinco mais cinco. O prazo conta-se da data do recolhimento indevidamente praticado e se extingue impreterivelmente ao final de cinco anos.

No presente caso, os recolhimentos que se quer indevidos foram efetuados entre janeiro de 1996 e dezembro 1996, este último antes do dia 26, de modo que todos ocorreram há mais de cinco anos do ingresso do pedido (26 de dezembro de 2001). O único que se



A handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page.

encontrava dentro desse interstício (realizado em janeiro de 1997) já fora reconhecido em primeira instância administrativa.

Com essas considerações, voto por negar provimento integral ao recurso para manter a negativa de restituição dos valores pleiteados.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de fevereiro de 2008.


JULIO CÉSAR ALVES RAMOS //

