



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

Processo nº 16327.905324/2012-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-001.953 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 25 de março de 2015
Matéria DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO
Recorrente BANCO MERCEDES-BENZ DO BRASIL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 2004

PRAZO DECADENCIAL/PRESCRICIONAL DO DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. PAGAMENTOS INDEVIDOS ANTERIORES A 09/06/2005. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. APLICABILIDADE. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 543-B E 543-C DA LEI nº 5.869/1973 - CPC.

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, consoante art. 62-A do seu Regimento Interno, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010.

Ao teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.002.932 - SP, sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 09/06/2005, o prazo decadencial/prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito tributário, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua se observando a tese dos “cinco mais cinco”, porém, o prazo para a interposição da ação de repetição do indébito ficará limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Preliminar de decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para reconhecer a inexistência da prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem a fim de que seja apreciado o mérito do pedido, retomando-se o rito processual a partir daí, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente e Relator designado *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Frederico Augusto Gomes de Alencar, Fernando Brasil de Oliveira Pinto, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Carlos Pelá e Paulo Roberto Cortez.

Relatório

BANCO MERCEDES-BENZ DO BRASIL S/A, contribuinte inscrito no CNPJ/MF 60.814.191/000157, com domicílio fiscal na cidade de Jabaquara, Estado de São Paulo, na Avenida do Café, nº 277, Torre A andar 4, 5 e 6, Conjunto 402, 502, 503, 601, 602, 603 e 604, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância (fls. 51/74), prolatada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 61/84.

O requerente transmitiu, em 26/02/2010, PER/DCOMP nº 08892.81306.050310.1.7.04-8107 de (fls. 45/48), em litígio, retificou ("PER/DCOMP") 08506.18369.260210.1.3.04-7029 ("PER/DCOMP"), cujo crédito refere-se a pagamento a maior ou indevido do IRPJ, relativo ao ano-calendário de 2004, no valor de R\$ 3.300.141,52.

De acordo com o art. 168 da Lei nº 5.172, de 1966 (Código Tributário Nacional) e inciso II do § 1º do art. 6º e 74, da Lei nº 9.430, de 1996, combinado com a Portaria SRF nº. 4.980, de 1994, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo - SP, através do Despacho Decisório (fl. 28), apreciou e concluiu, em 04/09/2012, que o presente pedido de compensação é improcedente, com base, em síntese, nas seguintes argumentações:

- que a análise do direito creditório está limitada ao valor do crédito original informado no PER/DCOMP, correspondendo a R\$ 3.300.141,52;

- que analisadas as informações prestadas nos documentos identificados, constatou-se que na data de transmissão do documento em análise, já estava extinto o direito de utilização do crédito por terem se passado mais de cinco anos entre a data de arrecadação do DARF e a data de transmissão do PER/DCOMP.

Cientificado da decisão da Autoridade Administrativa, em 13/09/2012, conforme Termo constante à fl. 41, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (05/10/2012), a sua Manifestação de Inconformidade de fls. 02/03, instruído pelos documentos de fls. 04/26, no qual demonstra irresignação contra a decisão, baseado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que o fundamento para o indeferimento em que baseou-se a Receita Federal do Brasil é a prescrição do crédito utilizado pelo requerente, tendo em vista a data de arrecadação do Domp original (30414.08455.301209.1.3.04-9162), onde é constituído o crédito, visto pagamento a maior, referido Perd/Comp. foi enviado em 30/12/2009, ou seja, antes dos 5 anos, previstos para a prescrição do crédito. Ressalte-se que deve ser esta a data a ser considerada como a de constituição do crédito tributário;

- que, assim sendo, o Perf./Comp. 22952.54249.210110.1.7.04-4332, mencionado no despacho decisório, ora atacado, como sendo o início da constituição do crédito

através do Perd/Comp. original 30414.08455.301209.1.3.04-9162, o qual está no prazo estabelecido por lei;

- que, desta forma, não sendo cabível o indeferimento proferido, vez que o mesmo é apenas e tão somente retificação do Perd/Comp. original e constitutivo do crédito tributário na data de 30/12/2009, portanto em prazo inferior a 5 anos, requer a reconsideração do despacho decisório, por ser de fato e de direito a prática da Justiça, em conformidade com a legislação pátria.

Após resumir os fatos constantes do pedido de compensação e as razões apresentadas pelo recorrente em sua Manifestação de Inconformidade, em 27/08/2013, a 2ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG - autoridade julgadora revisora - resolveu julgar improcedente a manifestação e decidir pela não homologação da compensação, com base, em síntese, nas seguintes considerações (fls. 51/74):

- que a extinção do direito de utilização do crédito, ainda que o valor do direito creditório seja suficiente, não se pode homologar as compensações do PER/DCOMP n.º 08892.81306.050310.1.7.048107, porque efetuadas depois de extinto o direito de o sujeito passivo pleitear restituição do pagamento indevido ou a maior nele utilizado;

- que de acordo com o art. 74 da Lei n.º 9.430, de 1996, o contribuinte pode utilizar na compensação de débitos próprios créditos passíveis de restituição ou ressarcimento. Por força do inciso I do art. 168 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Em consequência desse dispositivo legal, não se admite compensação com crédito apurado ou decorrente de pagamento efetuado há mais de 5 anos da data da entrega do PER/DCOMP;

- que o crédito utilizado é pagamento a maior ou indevido, efetuado em 31/01/2005. Portanto, o direito de o sujeito passivo pleitear restituição se extinguiu em 31/01/2010;

- que as compensações não homologadas foram efetuadas após 31/01/2010. Considera-se efetuada a compensação na data da transmissão do PER/DCOMP. A compensação de que trata o PER/DCOMP retificador considera-se efetuada na data da transmissão do PER/DCOMP original. O PER/DCOMP n.º 08892.81306.050310.1.7.048107, em litígio, retificou o PER/DCOMP n.º 08506.18369.260210.1.3.047029, transmitido em 26/02/2010, depois de o direito de pleitear restituição já se ter extinguido;

- que a compensação anterior efetuada antes da extinção do direito de utilização do crédito, ou seja, a existência de DCOMP transmitida antes da extinção do direito de pleitear restituição de determinado pagamento não legitima compensações com ele efetuadas depois da extinção;

- que a declaração de compensação não interrompe a contagem do prazo para extinção do direito de pedir restituição. O art. 42 da IN RFB n.º 1.300, de 2012, dispõe que o crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional que exceder ao total dos débitos por

ele compensados mediante a entrega da “*Declaração de Compensação*” somente será restituído ou ressarcido pela RFB caso tenha sido requerido mediante “*Pedido de Restituição*” ou “*Pedido de Ressarcimento*” formalizado dentro do prazo previsto no art. 168 do Código Tributário Nacional (idêntica disposição se encontra no art. 27 da IN SRF n.º 460, de 2004, no art. 27 da IN SRF n.º 600, de 2006, e no art. 35 da IN RFB n.º 900, de 2008). Portanto, o fato de o crédito ser superior ao débito não altera a natureza da “*Declaração de Compensação*”, que não supre a falta do “*Pedido de Restituição*” do saldo remanescente;

- que, na espécie, o primeiro PER/DCOMP que utiliza o mesmo DARF em análise, por opção do contribuinte, não tem a natureza de “*Pedido de Restituição*”. No campo do PER/DCOMP intitulado “*Tipo de Documento*” foi aposta a expressão “*Declaração de Compensação*”. Não havendo nenhum pedido de restituição do pagamento a maior ou indevido em questão, não podem ser homologadas as compensações que o utilizam como crédito e que tenham sido efetuadas por meio de PER/DCOMP transmitidos depois de 31/01/2010.

A presente decisão encontra-se consubstanciada nas seguintes ementas:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA IRPJ

Ano-calendário: 2004

COMPENSAÇÃO APÓS A EXTINÇÃO DO DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO.

Não se admite a compensação com crédito apurado ou decorrente de pagamento efetuado há mais de 5 anos da data da entrega do PER/DCOMP e que não tenha sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento apresentado à RFB antes do transcurso do referido prazo.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 31/10/2013, conforme Termo constante à fl. 59, e, com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, em tempo hábil (02/12/2013), o recurso voluntário de fls. 61/84, instruído pelos documentos de fls. 85/440, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que da tempestividade do PER/DCOMP 4 - exercício do direito à restituição/ compensação dentro do prazo legal, ou seja, conforme já foi demonstrado na Impugnação, o PER/DCOMP 04 foi apresentado tempestivamente, isto é, dentro do prazo quinquenal previsto na legislação aplicável;

- que seve ser reformado o r. acórdão recorrido, homologando-se integralmente as compensações que lhe são objeto;

- que da medida judicial que originou o crédito compensado 01, a manutenção da exigibilidade suspensa, portanto, a corroborar a tempestividade da apresentação do PER/DCOMP 04, veja que, conforme brevemente explicado alhures, o Crédito Compensado 01e, conseqüentemente, o Crédito Compensado 02 somente se tornaram passível de utilização a partir da adesão à anistia veiculada pela Lei nº 11.941/09, ou seja, em 03/12/2009;

- que até o pedido de desistência da ação para a adesão à anistia, a Recorrente estava amparada pela tutela antecipada concedida nos autos da AD, que garantia a utilização de 100% do prejuízo fiscal apurado, motivo pelo qual não se configurava a liquidez e certeza do Crédito Compensado 01;

- que do Termo *a quo* para postular a Compensação do Crédito Compensação 01 e Crédito Compensado 02, ou seja, ao contrário do quanto alegado tanto pela D. Autoridade Fiscal quando pela D. DRJ/BHE, não estava extinto o Crédito Compensado 01 e, conseqüentemente, o Crédito Compensado 02, pois, embora decorridos 5 anos de seu recolhimento, nos termos do art. 168, I, do CTN, não havia transcorrido tal prazo antes da data da desistência da AD, conforme estabelece o inciso II, do mencionado artigo, *in verbis*;

- que, portanto, resta demonstrado, cabalmente, a insubsistência das alegações da D. DRJ/BHE, o que corrobora a higidez do direito creditório da Recorrente, devendo este ser integralmente reconhecido, para a total homologação da compensação ora pleiteada;

- que da inexigibilidade de débito de estimativa mensal de IRPJ do ano-calendário de 2007, violação à súmula CARF nº 82, subsidiariamente, cumpre à Recorrente demonstrar que os Débitos Compensados reputam-se plenamente inexigível, por tratar-se de Estimativas Mensal de IRPJ e CSLL, do período de janeiro de 2010;

- portanto, é de se concluir que os supostos débitos decorrentes da não homologação da compensação em tela, referente às estimativas de IRPJ e CSLL apuradas em janeiro de 2010, não podem ser cobrados, pois se tornam inexigíveis ao término do exercício. Também por isso, deve ser integralmente reformado o acórdão recorrido, a fim de que seja integralmente homologada a compensação objeto do PER/DCOMP 04 em epígrafe;

- que da indevida aplicação de juros de mora sobre a multa, ou seja, ainda subsidiariamente, caso não sejam cancelados os Débitos Compensados consubstanciados no presente processo, bem como a multa que comina, o que se admite apenas *ad argumentandum*, deve-se, ao menos, excluir a cobrança de juros de mora sobre a referida multa;

- que, portanto, subsidiariamente, caso não seja integralmente cancelados os Débitos Compensados com base no direito argüido no presente Recurso Voluntário, o que se admite apenas para argumentar, deve-se, ao menos, excluir a cobrança de juros de mora sobre a multa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo de Andrade Couto, Relator Designado *ad hoc*

Tendo em vista a impossibilidade do relator formalizar o voto condutor, assumo a posição de relator designado *ad hoc* ressaltando que a posição aqui externada reflete integralmente o entendimento do relator original.

“O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão de primeira instância em que foi apreciado pedido de compensação por intermédio do qual o contribuinte pretende reconhecimento de alegado direito creditório relativo a pagamento de IRPJ maior de R\$ 3.300.141,52, relativo ao ano-calendário de 2004. Observando que o crédito utilizado é o pagamento efetuado em 31/01/2005.

Por meio de despacho decisório proferido pela DERAT São Paulo – SP, em 04/09/2012, foi indeferido o pedido de compensação sob o argumento de que não se admite a compensação com crédito apurado ou decorrente de pagamento efetuado há mais de 5 anos da data da entrega do PER/DCOMP e que não tenha sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento apresentado à RFB antes do transcurso do referido prazo.

Inconformado com a decisão da Autoridade Administrativa jurisdicionada o contribuinte apresenta a sua Manifestação de Inconformidade para a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte - MG a qual decide julgar improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada sob o argumento de que não se admite a compensação com crédito apurado ou decorrente de pagamento efetuado há mais de 5 anos da data da entrega do PER/DCOMP e que não tenha sido objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento apresentado à RFB antes do transcurso do referido prazo.

Em razão de não ter logrando êxito na instância inicial, o contribuinte apresenta a sua peça recursal a este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais pleiteando a reforma da decisão prolatada na Primeira Instância onde, em sua defesa, ataca o que entende terem sido os fundamentos da decisão recorrida.

Como visto, a decisão recorrida entendeu, que o direito de pleitear a compensação extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

Assim, não há dúvidas de que a discussão inicial versa sobre o prazo extintivo para repetição do indébito tributário. Ou seja, qual seria o prazo decadencial do direito de se pleitear o indébito tributário.

Ora, assim como a Fazenda Pública esbarra numa limitação temporal para exercer seus direitos de constituição e cobrança do crédito tributário, o contribuinte

também está adstrito à observância de um prazo para reaver aquilo que pagou indevidamente ao Fisco, a título de tributos.

Mas se faz necessário salientar, que embora o pagamento seja a forma mais natural para extinguir o crédito tributário, outras formas extintivas tais como a compensação e a conversão do depósito em renda podem ensejar à repetição de indébito.

Assim, dispõe o art. 165, do Código Tributário Nacional:

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.

No tocante ao prazo para o exercício do direito de repetição, consideremos os dispositivos que tratam do tema:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LC 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.

Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

Desta forma, em regra, terá o prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário (que em regra se dá com o pagamento) para pleitear a repetição.

Mas devemos destacar que o art. 168, II, trata da hipótese do ter recolhido valores a título de pagamento de tributos, em virtude de alguma decisão administrativa ou judicial impositiva de pagamento. Nesse sentido, deve-se contar o prazo para o pedido de restituição da anulação, da reforma, da revogação ou da rescisão da referida decisão.

A questão da contagem do prazo de cinco anos, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, já foi objeto de grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina durante algum tempo. Hoje parece que a questão já está pacificada, tendo em vista o advento da Lei Complementar nº 118, de 2005.

Conforme já exposto, nos lançamentos por homologação, a Fazenda possui o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologar o pagamento antecipado realizado pelo sujeito passivo.

O prazo para pleitear a repetição de tributos indevidamente pagos, inclusive aqueles sujeitos ao lançamento por homologação, é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, de acordo com os termos do art. 168, I. Ocorre que o art. 156, do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre as causas extintivas do crédito tributário, ao tratar da extinção dos créditos constituídos por lançamento por homologação fala em “pagamento antecipado e homologação do lançamento”.

Dessa forma, questionava-se: os cinco anos previstos pelo art. 168 deveriam ser contados do pagamento antecipado ou da homologação de referido pagamento que, na prática, se dá sempre de forma tácita, após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária?

A “tese dos cinco mais cinco”, consagrada pela Primeira Seção do STJ - ERESP nº 435.835/SC, de 24/03/2004 -, fundou-se justamente nessa questão.

Necessário salientar, que referida tese vigorou no STJ por quase uma década e veio a ser abandonada somente com o advento do art. 3º, da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, segundo o qual:

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.

Assim, com referida lei, que entrou em vigor após cento e vinte dias da data de sua publicação, em 09/06/2005, o prazo de cinco anos para repetição seria contado a partir do pagamento antecipado, tido por indevido.

A controvérsia, contudo, não foi totalmente dirimida. Restaram dúvidas ainda quanto aos pagamentos realizados anteriormente à vigência da lei complementar, já que o art. 4º tentou conferir natureza interpretativa à norma contida no art. 3º, objetivando que sua aplicação se desse à fatos e atos pretéritos. 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.

De acordo com os termos do art. 4º, portanto, o art. 3º deveria aplicar-se retroativamente, de modo que os pagamentos antecipados tidos por indevidos, realizados antes

de 09/06/2005, constituiriam termo inicial para a contagem do prazo prescricional de repetição de indébito.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em Arguição de Inconstitucionalidade suscitada em virtude da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 482.090, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º, da Lei Complementar nº 118, de 2005, entendendo que a norma do art. 3º, na pretensão de “interpretar o enunciado do art. 168, I, c/c art. 156, VII, do Código Tributário Nacional, além de ter conferido sentido e alcance diversos do atribuído pelo Tribunal que detém a atribuição constitucional de interpretação das leis federais, também inovou no plano normativo. Assim, ao dispor o art. 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005, que a norma do art. 3º possuiria natureza interpretativa e, portanto, se aplicaria a situações pretéritas, violou os princípios da autonomia e independência dos poderes e da garantia ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

A consequência da declaração da inconstitucionalidade de parte da norma contida no art. 4º, da Lei Complementar nº 118, de 2005, foi a seguinte: como referido diploma legal entrou em vigor em cento e vinte dias, contados da data de sua publicação, que se deu em 09/02/2005, somente a partir de 09/06/2005, as datas dos recolhimentos realizados a título de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, passaram a constituir o termo *a quo* do prazo quinquenal para o pedido de repetição de indébito.

Antes de 09/06/2005, o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional de dez anos (cinco mais cinco), para repetição de valores recolhidos a título de pagamento de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, continuaria a ser o momento da ocorrência do fato gerador.

Entretanto, com todas as vênias necessárias, entendo que continuar esta discussão neste Tribunal Administrativo seria improdutivo, diante do fato que, em 21/12/2010, houve a edição da Portaria MF nº 586, que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Diante disso, a redação do art.62 do RI-CARF dispôs:

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.

Diante disso, resta claro que os julgados proferidos pelas turmas integrantes do CARF devem se adaptar, nos casos de 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, a estes julgados. Assim sendo, a contagem do prazo decadencial do direito de pleitear restituição/compensação dos tributos sujeitos a homologação é um destes temas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, em 25 de novembro de 2009, através da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), concluiu que, “em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 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”, cuja ementa se transcreve:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.932 - SP (2007/0260001-9)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspetiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

(...).

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: "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.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de Documento: 7442536 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 18/12/2009 Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (Data do Julgamento: 25 de novembro de 2009).

Nos julgados posteriores, sobre o mesmo assunto, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a mesma decisão acima transcrita, conforme as transcrições abaixo:

Processual civil. Tributário. Controvérsia acerca do prazo prescricional para se pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Aplicação da tese dos “cinco mais cinco”. Orientação firmada pela Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC.

Recurso especial provido.

(...)

2. Assiste razão à recorrente.

Acerca do termo inicial para contagem do prazo prescricional, o Código Tributário Nacional, em seu art. 168, I, estabelece: “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; (...)“.

O art. 165, I, possui o seguinte teor: “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; (...)“.

Já o art. 156 prevê a seguinte modalidade de extinção do crédito tributário:

“VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; (...)“.

Confira-se, ainda, a redação do caput do art. 150 e a de seus §§ 1º e 4º:

(...)

§ 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.”

A Corte Especial, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736/PE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2007), sintetizou a interpretação conferida por este Tribunal aos dispositivos legais acima, interpretação que deverá ser observada em relação às situações ocorridas até a vigência da Lei Complementar 118/2005, conforme consta do seguinte trecho da ementa do citado precedente: “Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento.

Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I, E, não havendo homologação expressa, o

prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.”

Ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “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” , constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, a Corte Especial ressaltou: “(...) com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.”

Por fim, na assentada do dia 25 de novembro de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, analisou caso análogo ao dos autos, no Resp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), concluindo que, “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” .

3. À vista do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial (Data do Julgamento:, 18 de dezembro de 2009.

RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.932 - SP (2007/0260001-DECISÃO).

*No julgamento do RE n.º 566.621/RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11/10/2011), submetido ao regime da repercussão geral, o e. **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 (cinco) 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, nos termos da seguinte ementa:*

"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 Documento: 21907449 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 14/05/2012 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 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.

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.

Recurso extraordinário desprovido (Data do Julgamento: 30 de abril de 2012.

Como visto, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, com o advento da Lei Complementar nº 118, de 2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09/06/05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova (até 09/06/2010).

Resta claro, que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria por ocasião do julgamento do RESP nº 1.002.932/SP, o qual foi submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, pelo qual a decisão tem o efeito de impedir na origem (2ª instância) a interposição de recursos especiais que estejam em confronto com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na presente solicitação, resta claro, que o requerente protocolou Pedido de Compensação, datado de 21/01/2010 (fls. 30/40), onde declarou os pagamentos indevidos no valor original de R\$ 3.300.141,52, relativo ao ano-calendário de 2004, cujo pagamento foi efetuado em 31/01/2005.

Observando que considera-se efetuada a compensação na data da transmissão do PER/DCOMP. A compensação de que trata o PER/DCOMP retificador considera-se efetuada na data da transmissão do PER/DCOMP original. O PER/DCOMP n.º 08892.81306.050310.1.7.04-8107, em litígio, retificou o PER/DCOMP n.º 08506.18369.260210.1.3.04-7029, transmitido em 26/02/2010.

Assim sendo, o requerente cumpriu os requisitos exigidos pela jurisprudência de regência de que a teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.002.932 – SP, sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, em se tratando de pedidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 09/06/2005, o prazo decadencial/prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito tributário, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua se observando a tese dos “cinco mais cinco”, porém, o prazo para a interposição da ação de repetição do indébito ficará limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova, ou seja, até 09/06/2010.

Resta claro nos autos que o PER/DCOMP n.º 08892.81306.050310.1.7.04-8107, em litígio, retificou o PER/DCOMP n.º 08506.18369.260210.1.3.04-7029, foi transmitido em 26/02/2010 e como a data limite foi fixada até 09/06/2010, não havia ocorrido a decadência do direito de pleitear a compensação pretendida.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem, para enfrentamento do mérito.”

(Assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto

Processo nº 16327.905324/2012-35
Acórdão n.º **1402-001.953**

S1-C4T2
Fl. 466

CÓPIA