



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

Processo nº 19679.018065/2004-07
Recurso nº 167.691 Voluntário
Acórdão nº 1301-00.304 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de maio de 2010
Matéria IRPJ
Recorrente DOW BRASIL S/A
Recorrida 3ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 2000

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA. O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário, assim entendida a data do pagamento antecipado, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966 (CTN).

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Ricardo Leal de Melo e Valmir Sandri.

LEONARDO DE ANDRADE COUTO - Presidente

WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Waldir Veiga Rocha, Ricardo Luiz Leal de Melo, Fábio Soares de Melo, Paulo Jakson da Silva Lucas, Valmir Sandri e Leonardo de Andrade Couto.

Relatório

DOW BRASIL S/A, já devidamente qualificada nestes autos, recorre a este Conselho contra a decisão prolatada pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-I/SP, que indeferiu os pedidos veiculados através de manifestação de inconformidade apresentada contra a decisão da Delegacia da Receita Federal que jurisdiciona o contribuinte.

Por bem descrever o ocorrido, valho-me do relatório elaborado quando do julgamento do processo em primeira instância, a seguir transcrito:

Trata o presente processo de pedido de restituição, formulado em 30/12/2004, no valor atualizado de R\$ 841.273,28 (fl. 01), com base no pagamento relativo ao imposto de renda retido na fonte, código de receita: 3426¹, que a interessada alega recolhido a maior que o devido. Apresenta página da DCTF do 3º trimestre de 1999 (fl. 03) relativa ao débito apurado na 5ª semana de julho, no valor de R\$ 463.052,24, vinculado a 02 DARF, sendo um no valor de R\$ 15.328,30, que reputa devido e outro no valor de R\$ 447.723,94, objeto deste feito.

Tal solicitação foi indeferida por meio do Despacho Decisório da DIORT/DERAT/SPO, de fls. 22 e 23, no qual a autoridade competente deixou de tomar conhecimento do Pedido de Restituição, em razão de considerar decaído o direito de a interessada pleitear o reconhecimento do crédito. Motivou tal indeferimento o fato de o Pedido ter sido efetuado após o prazo de cinco anos dos pagamentos, previsto nos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional. A ciência da interessada se deu em 11/07/2005, segundo consta do Aviso de Recebimento – AR, no verso da fl. 24.

Na manifestação de inconformidade acostada aos autos às fls. 25 a 32, apresentada em 04/08/2005, a requerente, por meio de procurador (documentos às fls. 33 a 46), se diz inconformada com a decisão da DIORT que, por interpretação equivocada dos artigos 165, I, e 168, do CTN, considerou decaído o direito de o contribuinte pleitear a restituição do indébito. Alega o que segue, em resumo.

- o pedido foi protocolizado em 07/06/2005 (sic), e está compreendido entre o lapso temporal de 10 (dez) anos dos pagamentos em questão, segundo a correta interpretação dos artigos 165, I; 168, I; 150, §§ 1º e 4º; e 156; VII, todos do CTN.

- segundo tais dispositivos, o direito à restituição deveria ser contado a partir da extinção do crédito tributário. No presente caso, sendo o tributo sujeito ao lançamento por homologação, caberia a requerente apurar o montante do imposto devido e antecipar seu recolhimento. Se expirado o prazo de cinco anos que o fisco dispõe, sem que tenha havido a homologação, começaria a fluir o prazo previsto no supracitado artigo 168, estando garantido ao contribuinte mais cinco anos após a homologação, a possibilidade de exercer o direito à repetição de indébito.

- corrobora o entendimento acima expressado, melhor doutrina, a exemplo do mestre Hugo de Brito Machado, e também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da qual cita-se o Acórdão AGRESP 503511/MG; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 2003/0030312-1 (transcreve às fls. 30/31).

¹ 3426 - Aplicações Financeiras de Renda Fixa, exceto fundos de investimentos.

PJ tributada pelo LR, LP ou LA: o imposto retido será deduzido do apurado no encerramento do PA trimestral ou anual.

Fonte: Mafon 2000

Este comentário não consta do relatório do processo em primeira instância.

Ao final, requer o acolhimento da manifestação de inconformidade, para deferimento da restituição, considerando-se os pagamentos efetuados no período de 10 anos anteriores ao seu pedido.

A 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo-I/SP analisou a manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte e, mediante o Acórdão nº 16-13.910, de 27/06/2007 (fls. 49/52), indeferiu a solicitação, conforme ementa a seguir transcrita:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

Para fins de interpretação do inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional, o prazo inicial de contagem da decadência ocorre no momento do pagamento do tributo, e não após a homologação deste

Não encontro nos autos prova de que tenha sido dada ciência à interessada da decisão de primeira instância. Não obstante, a empresa apresentou recurso voluntário em 29/08/2007 (registro de recepção à fl. 55, razões de recurso às fls. 56/65), mediante o qual reitera os argumentos anteriormente apresentados, no sentido de que o prazo de cinco anos para a repetição do indébito deve ser contado a partir da homologação do lançamento, e não a partir do pagamento indevido ou a maior, tese conhecida como “cinco mais cinco”. Colaciona decisões do Superior Tribunal de Justiça que entende favoráveis.

À fl. 85, a autoridade preparadora atesta o extravio do Aviso de Recebimento e opina pela tempestividade do recurso, considerando a data da postagem no núcleo de recepção e expedição em 10/08/2007 (fl. 84).

É o Relatório.



Voto

Conselheiro WALDIR VEIGA ROCHA

Na ausência de prova quanto à data da ciência da decisão de primeira instância, e considerando a data em que essa correspondência foi entregue para postagem (10/08/2007, fl. 84), o recurso deve ser considerado tempestivo. Dele, pois, conheço.

Gira a lide em torno do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para a repetição do indébito tributário. Sustenta a recorrente a aplicabilidade do entendimento da 1ª Seção do STJ, tese conhecida como “*cinco mais cinco*”.

Com todo o respeito devido àquele Tribunal, no extinto Primeiro Conselho de Contribuintes de há muito se encontrava consolidada a interpretação de que o prazo de cinco anos começava a contar a partir do pagamento indevido ou a maior, ou, como é o caso em tela, do momento em que teria aflorado o indébito e surgido o direito do contribuinte ao saldo negativo. Nesse sentido, são ilustrativas as decisões cujas ementas são a seguir transcritas:

IRPJ - RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I e 168, I da Lei 5172 de 25 de outubro de 1966 (CTN). Tratando-se de imposto antecipado ao devido na declaração, com esta, se inicia a contagem do prazo decadencial. (Acórdão 108-08.115, de 02/12/2004, 8ªC 1ªCC, Relatora Conselheira Ivete Malaquias Pessoa Monteiro) (No mesmo sentido, o Acórdão 108-07.372, de 17/04/2003)

DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN - Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo, de cinco anos, para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Esse termo não se altera em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, eis que nesse caso, o pagamento extingue o crédito sob condição resolutória (Ac. 101-94.745) (Acórdão 105-16.356, de 28/03/2007, 5ªC 1ªCC, Relator Conselheiro Irineu Bianchi)

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165 I e 168 I da Lei 5172 de 25 de outubro de 1966 (CTN). (Acórdão 105-15.158, de 17/06/2005, 5ªC 1ªCC, Relator Conselheiro José Clóvis Alves)



Embora nesta Casa o entendimento estivesse pacificado, em 09/02/2005 os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a seguir transcritos, vieram lançar luz sobre a matéria, considerando-se as diferentes correntes interpretativas.

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

Como se vê, trata-se de dispositivo expressamente interpretativo, com aplicação retroativa, ex vi do disposto no art. 4º. No entanto, mesmo sobre isso há vozes divergentes, notadamente no Superior Tribunal de Justiça.

A recorrente ressalta o quanto decidido naquela Corte no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 503.511/MG, do qual transcreve excerto da ementa, e ainda, no Recurso Especial nº 904.608/SP. Em apertada síntese, aquele Tribunal decidiu (como de resto tem decidido em casos semelhantes) que o disposto no art. 3º não tem eficácia retroativa.

De se observar que, ao assim decidir, o Superior Tribunal de Justiça tem exercido a prerrogativa de controle de constitucionalidade pela via difusa. Isto ficou particularmente claro no Recurso Especial nº 946.790/SP, em que foi declarada inconstitucional a 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 art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Neste último processo, entretanto, em consulta ao sítio eletrônico do STJ na internet, constatei que foi interposto recurso extraordinário, e que o processo foi "*sobrestado em atendimento ao art. 543-B, § 1º, do CPC (processo com a mesma controvérsia: RE 561908)*". Ou seja, a decisão acerca da matéria constitucional se encontra pendente do que há de decidir a Corte Suprema, competente para dar a palavra final sobre o assunto.

Observe, ainda, por relevante para a discussão aqui travada, que as inconstitucionalidades declaradas pelo Poder Judiciário pela via incidental somente produzem seus efeitos entre as partes, nas quais não se inclui a recorrente.

O controle de constitucionalidade, no sistema brasileiro, é de competência exclusiva do Poder Judiciário, sendo incompetente este colegiado para se manifestar sobre a matéria ou mesmo para afastar a aplicação de lei plenamente inserida no ordenamento jurídico e não declarada inconstitucional pelo órgão para tanto competente. É o que dispõe o art. 62 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, a seguir transcrito:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade



Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993, ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Essa vedação também consta da Súmula CARF nº 2, de aplicação obrigatória por seus membros, publicada na Portaria CARF nº 106/2009:

Súmula CARF Nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

E, desde que os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005 se encontram plenamente em vigor e não foram declarados inconstitucionais com efeitos *erga omnes*, nem com efeitos *inter partes* em ação da qual seja parte a interessada, nem ainda se enquadram em qualquer das exceções previstas no parágrafo único do art. 62 do RICARF, acima transcrito, suas disposições devem ser cumpridas.

Nesse mesmo sentido decidiu a Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em 18/11/2009, ao julgar recurso especial do Procurador e dar-lhe provimento, nos autos do processo administrativo fiscal nº 13848.000073/99-95, restando a decisão assim ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 07/06/1994 a 25/06/1994

PIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO

O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.


WALDIR VEIGA ROCHA - Relator

