

Processo n.º	14758-3/2010
Interessado	Prefeitura Municipal de Sapezal
Assunto	Pedido de Rescisão
Revisor	Conselheiro Waldir Júlio Teis

VOTO-VISTA

Senhor Presidente, Senhores Conselheiros e Senhor Procurador,

Após o voto do Conselheiro Alencar Soares, relator neste processo, pedi e obtive vistas destes autos, diante do permissivo regimental contido no artigo 67, da Resolução nº 14/2007, razão pela qual trago à apreciação do Tribunal Pleno este voto-vista.

O enfoque dado a esta consulta neste Tribunal, por todos os setores que a analisaram (e que foi acompanhada pelo eminente Conselheiro relator), foi o de que a dúvida era acerca da prescrição dos tributos em relação ao contribuinte. Ou seja, qual o limite temporal em que o contribuinte poderia compensar tributos dos quais ele seria devedor credor ao mesmo tempo, em relação ao município.

As respostas propostas para atender a uma dúvida com esse ponto de vista foram absolutamente satisfatória e tecnicamente muito bem postas.

Entretanto, ao analisar detidamente a consulta feita, verifica-se que a dúvida do consulente é com relação à prescrição de contribuições previdenciárias. Ora, tais contribuições somente poderiam ser de duas espécies neste caso:

1. Contribuições dos servidores municipais em relação ao sistema de previdência próprio – relação do contribuinte com o regime próprio de previdência;
2. Contribuições devidas pelo município ao regime geral de previdência social, seja a patronal, seja a empregado - relação do município com o INSS (ainda que como substituto tributário).

A primeira espécie de dúvida não nos parece a que o consulente teria feito, tendo em vista que o questionamento seria mais claro nesse sentido.

Desse modo, ainda que feita de modo não explícito, entendo que a dúvida do consulente tem conteúdo diverso do enfoque dado no voto prolatado em sessão do Tribunal Pleno, pois visa esclarecer qual o período prescricional que há nas contribuições previdenciárias, para que o município possa compensar eventuais créditos que possui, com débitos perante o órgão arrecadador da previdência social nacional.

A doutrina há muito apresenta posições controvertidas sobre o assunto, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem oscilando sobre o tema, o que tem provocado enorme insegurança jurídica no trato da prescrição tributária.

Nesse sentido, para dar ideia da confusão sobre a questão, podem ser verificados os recentíssimos julgados colacionados abaixo, nos quais os órgãos fracionários de julgamento do STJ têm divergência sobre o tema:

Julgado da Segunda Turma:

Processo
REsp 1122802 / SP
RECURSO ESPECIAL

2009/0123192-5

Relator(a)

Ministro CASTRO MEIRA

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

15/03/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 25/03/2011

Ementa

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.-
PRESCRIÇÃO. COMPENSAÇÃO. PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO. DESNECESSIDADE.
EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INCIDÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA SOB O RITO
DO ART. 543-C DO CPC.

1. Quanto ao argumento de que a compensação não seria possível, em
virtude da ausência de liquidez e certeza do crédito pleiteado, a
questão não foi enfrentada pela Corte de origem, estando ausente o
requisito do prequestionamento. Aplicação da Súmula 211/STJ.

2. A Primeira Seção desta Corte, no REsp nº 1.002.932/SP submetido
ao colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Re-
petitivos), concluiu 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 homolo-
gação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cin-
co, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, so-
bejem, 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,
á houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei
revogada.").

3. **Mesmo em se tratando de tributo declarado inconstitucional,
tanto pela via do controle concentrado como do difuso - com reso-
lução do Senado suspensiva da execução da norma - o prazo prescri-
cional, nas compensações ou restituições referentes a tributos su-
jeitos a lançamento por homologação, deve ser contado com base na
sistemática dos "cinco mais cinco".** Precedente.

4. A contribuição social, criada pelo artigo 3º, inciso I, da Lei
n. 7.789/89, e mantida pela Lei n. 8.212/91, é tributo direto,
sendo desnecessária a comprovação de que não houve repasse do res-
pectivo encargo financeiro

5. Os expurgos inflacionários também incidem na compensação e ser-
vem para recompor o valor real da moeda, razão pela qual não con-
figuram enriquecimento sem causa do contribuinte. Matéria pacifi-
cada com base na sistemática dos recursos repetitivos.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

Julgado da Primeira Turma

Processo

AgRg no REsp 1139470 / SP

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2007/0163393-1

Relator(a)

Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

15/02/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 01/03/2011

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 3º, DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005. 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. JULGAMENTO, PELA PRIMEIRA SEÇÃO, DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 1.002.932/SP). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. APRECIÇÃO EQUITATIVA.

1. O prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, do ponto de vista prático, deve ser contado da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.05), o prazo para se pleitear a restituição é de cinco anos a contar da data do recolhimento indevido; 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 novel lei complementar (Precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: RESP 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009).

2. 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 644.736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

3. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida.

4. 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.").

5. Por outro lado, 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.

6. In casu, o mandado de segurança foi impetrado em 17.11.2000, objetivando a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, I, da Medida Provisória 63/89 (convertido no artigo 3º, I, da Lei 7.787/89) e o conseqüente reconhecimento do direito líquido e certo à compensação tributária dos valores indevidamente recolhidos no ano de 1989 a título de contribuição previdenciária incidente sobre folhas de salário, o que, nos termos dos artigos 168, I, e 150, § 4º, do CTN, revela inequívoca a ocorrência da prescrição dos valores pagos indevidamente no decênio anterior à propositura da demanda, porquanto tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja prescrição opera-se 5 (cinco) anos após expirado o prazo para aquela atividade.

7. Outrossim, não merece prosperar a argumentação empresarial no sentido de que "merece melhor reflexão, ante a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91 pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, os quais se aplicam diretamente ao caso presente".

8. É que os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, referem-se à prescrição da pretensão executiva do Fisco e à decadência do direito potestativo de constituição do crédito tributário, não se aplicando à hipótese sub examine.

9. Ainda que assim não fosse, é certo que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, implicou na legitimidade apenas dos recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos aludidos dispositivos legais e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento do Recurso Extraordinário 556.664 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que se deu em 12.06.2008.

10. Agravo regimental desprovido.

Verifica-se que as duas Turmas do STJ, competentes para a matéria, divergem sobre o prazo aplicável à situação.

Sob outro ponto de vista, a análise da prescrição não é de alçada deste Tribunal. A prescrição é regulada apenas por lei. Não há possibilidade de haver convenção das partes a respeito dela, diferentemente da decadência. Somente a lei pode definir qual o prazo prescricional aplicável a cada situação jurídica.

Assim, eventuais divergências acerca da contagem do prazo, principalmente sobre a interpretação correta da lei que a instituiu, devem ser resolvidas pelo órgão administrativo competente em primeiro lugar. Caso persista a controvérsia entre o contribuinte e o órgão arrecadador sobre a correção da interpretação dada à lei, somente cabe ao Poder Judiciário dirimir o litígio. No caso específico, o STJ é órgão judiciário que tem a competência para dar a interpretação final acerca de lei (entendida aqui em sentido estrito) emanada do Congresso Nacional, ou seja, lei de caráter federal (ou nacional).

Ao Tribunal de Contas cabe a orientação para a solução de dúvidas acerca da aplicabilidade de normas de natureza financeira e de contabilidade pública. Em que pese o Direito Tributário possuir origem no ramo do Direito Financeiro, e por isso mesmo com ele se relacionar intimamente, possui plena autonomia conceitual e prática.

O Direito Tributário somente é examinado no Tribunal de Contas quanto aos aspectos que impactam diretamente as receitas públicas dos entes que lhe são afetos ao exame. Significa dizer que a relação do contribuinte com os Municípios (ou o estado-membro) aos quais o Tribunal de Contas respectivo tenha competência, poderia até ser examinada por este. Mas neste caso, há um ente que não está sob a competência do TCE, que é o maior interessado na relação tributária, haja vista ser o órgão arrecadador, que é a União.

Se o Tribunal de Contas passar a interpretar a aplicação de lei tributária de ente federado que sequer lhe é jurisdicionado, com muita probabilidade poderá incorrer em extrapolação de sua competência.

Desse modo, não consigo vislumbrar a competência do Tribunal de Contas para esclarecer a dúvida apresentada, sob esse ponto de vista.

Por outro lado, mesmo que se admita que o enfoque da consulta é a relação entre o município e o INSS, ainda restaria esclarecer se a prescrição posta em dúvida é aquela da prefeitura enquanto empregadora (contribuição patronal) ou substituta tributária (contribuição empregado). Isto é, há mais um complicador na consulta posta, que não foi explicitado adequadamente.

De todas essas questões, resta apenas a conclusão de que o consulente não preencheu os requisitos de clareza e objetividade na formulação da consulta, motivo pelo qual entendo que ela não deve ser respondida, por não preencher condições essenciais de admissibilidade, e por entender que se trata de matéria de direito tributário nacional, a qual cabe ao Poder Judiciário a competência de decidir a respeito, sendo que a resposta eventualmente concedida por este egrégio Tribunal, não surtiria efeito em caso de haver qualquer lançamento contra o município, pelo órgão arrecadador federal.

Por fim, somente a título de sugestão ao consulente, pode haver orientação no sentido de que o ente em questão busque a compensação das contribuições previdenciárias que entende ter de direito, perante o órgão administrativo arrecadador competente (no caso, a Receita Federal do Brasil), nas próprias guias de recolhimento, com fato gerador ocorrido nos últimos cinco anos, de acordo com a prática observada na atuação da própria Receita Federal do Brasil.

Caso não tenha sucesso, somente medida judicial adequada poderá fazer valer os direitos que entende possuir.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, não acolho o Parecer do Ministério Público de Contas nº 8.543/2010, representado pelo Procurador de Contas Dr. Gustavo Coelho Deschamps, e **voto** no sentido de não conhecer essa consulta, por não preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 232, incisos III e IV, em razão da ausência de objetividade da apresentação dos quesitos e principalmente das ausência de competência deste Tribunal sobre a matéria versada.

Entretanto, voto para que se encaminhe orientação ao consulente, no sentido de que o ente em questão busque a compensação das contribuições previdenciárias que entende ter de direito, perante o órgão administrativo arrecadador competente (no caso, a Receita Federal do Brasil), nas próprias guias de recolhimento, com fato gerador ocorrido nos últimos cinco anos, de acordo com a prática observada na atuação da própria Receita Federal do Brasil.

É como voto.

Cuiabá-MT, 11 de abril de 2011.

WALDIR JÚLIO TEIS
Conselheiro