



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA TURMA

Processo nº 10880.004910/2001-46
Recurso nº 106-138.728 Especial do Procurador
Matéria IRRF
Acórdão nº 9304-00.075.
Sessão de 2 de março de 2009
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado YOKOGAWA AMÉRICA DO SUL LTDA

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1990

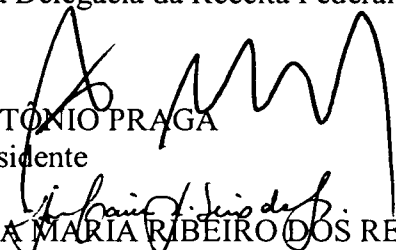
Ementa: ILL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. DECADÊNCIA.

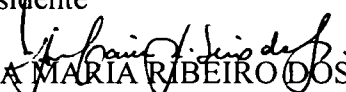
O termo inicial do prazo decadencial de cinco anos para o pedido de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, pago por sociedades por quotas de responsabilidade limitada, é a data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997 ocorrida em 25/07/1997.

Recurso Especial Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de origem, para enfrentamento do mérito.


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Relatora

FORMALIZADO EM: 16 OUT 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro; Moisés Giacomelli Nunes da Silva; Maria Helena Cotta Cardozo; Gonçalo Bonet Allage e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

A Fazenda Nacional, por meio de seu Representante, intimada do Acórdão nº 106-14.311 (fls. 101/109), que, por **unanimidade** de votos, afastou a decadência do direito de pedir da recorrente e determinou a remessa dos autos à DRF de origem para análise do pedido, interpõe o Recurso Especial de fls. 112/121.

O Acórdão recorrido está assim ementado:

ILL - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – DECADÊNCIA - O marco inicial do prazo decadencial de cinco anos para os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, pago por sociedades por quotas de responsabilidade limitada, se dá em 25.07.1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63.

Decadência afastada.

Trata-se de pedido de restituição de valores pagos a título de Imposto sobre o Lucro Líquido relativos ao ano-calendário 1990, sendo os pagamentos efetuados em 30/4, 29/5 e 28/6 de 1991.

Negado seguimento ao recurso mediante o DESPACHO Nº 106-052/2005, tendo em vista que o acórdão paradigma, que tratou de restituição de verbas relativas a PDV, também afastou a decadência, nesse caso, por considerar que o prazo começa a fluir a partir da extinção do crédito em face da homologação (tese dos cinco mais cinco), interpôs a Fazenda Nacional o agravo regimental, de fls. 133/144, que apreciado pela Presidente da Segunda Câmara, foi rejeitado, sob o mesmo fundamento.

Por meio do DESPACHO CSRF Nº 066/2007, de fls. 149/151, o Presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) acolheu o mencionado agravo, por entender existente o interesse de agir da Fazenda, tendo em vista que, pelo entendimento do paradigma, o termo final para o pedido de restituição seria 30/4/2001, sendo que este foi feito em 25/5/2001.

A admissibilidade do recurso especial foi submetida, como matéria de expediente, à Quarta Turma da CSRF, que decidiu, por maioria, por “ACOLHER em parte o agravo, apenas em relação ao pagamento efetuado pelo contribuinte em 30 de abril de 1991”, conforme Ata de Expediente nº 050 juntada à fl. 152.

Intimada, a contribuinte apresenta, tempestivamente, as contra-razões de fls. 160/167, em que defende o não conhecimento do recurso, visto que os dois entendimentos reforçam a alegação da recorrida de que não ocorreu a decadência. No mérito, defende que a regra geral do prazo decadencial para o pedido de restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação é a dos cinco anos contados da homologação. Entretanto, há algumas exceções consignadas pela jurisprudência, que é o caso dos autos, em que o termo inicial é a

data da publicação da Resolução nº 82, do Senado Federal, somente em 18 de novembro de 2001. Assim, tempestivo o pagamento feito em 25/5/2001.

Na sessão de 26 de maio de 2008 foram os autos distribuídos a esta conselheira, numerados até a fl. 170.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS, Relatora

Inicialmente, ressalte-se a admissão do recurso Especial da Fazenda Nacional, tendo em vista o acolhimento parcial do agravo regimental da Fazenda Nacional, em relação ao pagamento efetuado pelo contribuinte em 3/4/1991, conforme Ata de Matéria de Expediente Nº 050/2007, de fl. 152.

Cabe, portanto, remarcar os termos do Regimento Interno da CSRF sobre a matéria:

Art. 17. Cabe agravo do despacho que negar seguimento ao recurso especial.

(...)

§ 5º O Presidente distribuirá os autos a um dos membros da Turma que, em despacho fundamentado, acolherá ou rejeitará o pedido de reexame.

§ 6º Será definitivo o despacho do relator, após aprovado pelo Presidente e se este discordar, a admissibilidade do recurso será apreciada pelo colegiado, que decidirá como matéria de expediente, não sujeita à prévia publicação.

§ 7º Se, no despacho de que trata o § 5º ou na decisão a que se refere o § 6º forem declarados atendidos os pressupostos de admissibilidade, os autos terão a tramitação normal, como se o recurso tivesse sido admitido pelo Presidente da Câmara recorrida, vedado o reexame de admissibilidade, intimando-se o sujeito passivo ou o Procurador da Fazenda Nacional, este pessoalmente, para apresentar contra-razões no prazo de quinze dias.

Vê-se que os acórdãos – recorrido e paradigma – adotaram teses diversas no que tange à contagem do prazo para a repetição do pagamento efetuado pela contribuinte a título de Imposto sobre o Lucro Líquido: o primeiro adotou o prazo de cinco anos da data de publicação da IN SRF nº 63, de 1997, ocorrida em 25/7/1997, e o segundo, cinco anos contados da extinção do crédito tributário ocorrida com a homologação do lançamento (pagamento) – tese dos cinco mais cinco.

Conforme assinala o DESPACHO CSRF Nº 066/2007, demonstrou a Fazenda Nacional interesse de agir no caso do pagamento efetuado pelo contribuinte em 30 de abril de 1991, pois, pelo entendimento manifestado no acórdão paradigma, o termo final para o pedido de restituição seria 30/4/2001, sendo que este foi feito em 25/5/2001. 

Assim, fora do âmbito do reexame pela CSRF a decadência do direito de repetir os pagamentos feitos em 29/05/91 e 28/06/91.

Nesse sentido, conheço do recurso especial da Fazenda Nacional quanto à decadência do direito da contribuinte de solicitar a restituição do imposto pago em 30/4/2001.

Tenho me manifestado, recorrentemente, quanto ao prazo para a repetição de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive nos casos de atos da Administração Tributária em tais matérias.

Para análise dessa matéria, conveniente relembrar os artigos 165 e 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro - Código Tributário Nacional (CTN), que cuidam do direito de o contribuinte repetir o indébito Tributário.

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 hipótese 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. (grifei)

Claro, então, que o prazo para a restituição de tributo pago indevidamente começa a fluir na data da extinção do crédito tributário, no caso, a data do pagamento.

Todavia, nos casos em que o pagamento se deu com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, construiu-se a interpretação de que esse prazo não se conta do pagamento, e sim da declaração de inconstitucionalidade, na hipótese de controle concentrado de constitucionalidade, da resolução do Senado Federal, no caso de controle difuso.

Esse entendimento baseava-se na premissa de que o contribuinte efetua o pagamento com base em lei e que esta goza de presunção de constitucionalidade. Assim, nos casos acima referidos, a partir dos dois momentos – decisão do Supremo Tribunal Federal e edição de resolução pelo Senado Federal.

Tal interpretação foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e grassou por algum tempo no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

No entanto, como bem demonstra a Fazenda Nacional no Especial, a Primeira Seção do STJ alterou seu posicionamento no sentido de que a contagem do prazo para a repetição independe da origem do indébito, aplicando-se também à hipótese de tributo declarado inconstitucional pelo STF, inclusive quando tenha havido Resolução do Senado Federal nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Essa tem sido a interpretação conferida pelo STJ a respeito da matéria, como se percebe na decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 856.186-SP, da qual se extrai o seguinte excerto do voto do relator:

Como bem consignou a decisão agravada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 435.835-SC, concluído na sessão de 24.3.2004, tendo como relator para o acórdão o Ministro José Delgado, dissipou, definitivamente, a divergência de entendimento então existente, decidindo que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

Assim, em razão do princípio da actio nata, não mais importa, para efeito de fluência do prazo prescricional, a data em que foi declarada inconstitucional pelo STF a lei instituidora da exação, como também irrelevante se apresenta a data em que publicada a resolução do Senado nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Na base desse entendimento, o respeito ao princípio da segurança jurídica. O Direito não tolera prazos infinitos. Daí a previsão dos institutos da decadência e prescrição, função da conjugação de dois fatores: o fluir do tempo e a inação do titular do direito ou da pretensão em exercê-los. Pois, a se entender diferente, sendo a Ação Direta de Constitucionalidade imprescritível, estar-se-ia a criar prazos também imprescritíveis para a repetição de indébito tributário. Nesse sentido a lição do professor Eurico Marcos Diniz de Santi¹:

Como a Adin é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdesse o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e prescrição no direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 275-276.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade.

O Acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição de débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da actio nata. Trata-se de petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão-só como novo fundamento jurídico para exercer o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito. (grifei)

Todavia, em respeito à jurisprudência consolidada no âmbito da CSRF, instância responsável pela sua uniformização, curvo-me ao entendimento abraçado por este Colegiado fundado na teoria da *actio nata*, sintetizado na ementa do Acórdão CSRF/04-00.182, de 13 de dezembro de 2005, relator o conselheiro Wilfrido Augusto Marques, abaixo reproduzida:

DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;*
- b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;*
- c) ou, em havendo publicação de ato administrativo, a partir desta data.*

Esse o posicionamento adotado pelo acórdão recorrido no sentido de que o prazo de cinco anos para a repetição tem início em 25/07/1997, data de publicação da IN SRF nº 63, de 1997.

Isto posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso especial interposto pela Fazenda Nacional e determinar o retorno dos autos à DRF de origem para apreciação das demais questões.

Sala das Sessões, em 2 de março de 2009.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS