

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10880.010322/2002-22
Recurso nº 151.781 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-00.790 – 2ª Turma
Sessão de 13 de abril de 2010
Matéria ILL
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado DROGARIA SÃO PAULO S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

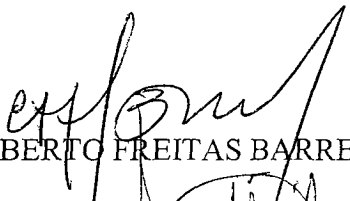
ILL. SOCIEDADE ANÔNIMA. PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

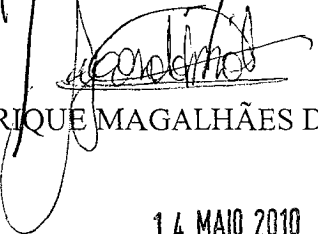
PRESCRIÇÃO. PRAZO. Tratando-se de pedido de restituição/compensação de Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL, exigido das sociedades anônimas, com base no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058/SC, com decisão publicada em 03/08/1995, o termo *a quo* do prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o pleito da contribuinte é a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996, que atribuiu efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte, suspendendo a execução daquele dispositivo legal.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto que dava provimento.


CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO- Presidente


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA – Relator

EDITADO EM:

14 MAIO 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Caio Marcos Candido, Gonçalo Bonet Allage, Julio César Vieira Gomes, Manoel Coelho Arruda Junior, Moises Giacomelli Nunes da Silva, Francisco de Assis Oliveira Junior, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

DROGARIA SÃO PAULO S.A., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já devidamente qualificada nos autos do processo administrativo em epígrafe, apresentou Pedido de Restituição de Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL, em 18 de julho de 2002, em relação aos anos-calendário 1989, 1990 e 1992, conforme Petição Inicial, às fls. 01/15, e demais documentos que instruem o processo.

Após regular processamento, interposto recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes contra Decisão da 1ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, consubstanciada no Acórdão nº 7.518/2005, às fls. 132/138, que indeferiu integralmente o Pedido em referência, a Egrégia 6ª Câmara, em 08/11/2007, por maioria de votos, achou por bem DAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO DA CONTRIBUINTE, o fazendo sob a égide dos fundamentos inseridos no Acórdão nº 106-16.623, sintetizados na seguinte ementa:

“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.”

Irresignada, a Procuradoria da Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial, às fls. 262/271, com arrimo no artigo 7º, inciso I, do então Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 147/2007, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato dos fatos ocorridos no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra o Acórdão atacado, por entender ter contrariado os preceitos contidos

nos artigos 168, *caput*, e inciso I, 165, inciso I, do Código Tributário Nacional, bem como divergido do entendimento de outras Câmaras dos Conselhos de Contribuintes, consoante se infere do Acórdão nº 302-35.782.

Assevera que a Instrução Normativa nº 63/1997, que reconheceu a inconstitucionalidade do ILL exigido das sociedades por quotas, com base no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, não exerce qualquer influência na contagem do prazo para repetição de indébito e/ou compensação.

Nesse sentido, sustenta que, para o CTN, a causa do recolhimento indevido é irrelevante, eis que não definiu como termo *a quo* para contagem da prescrição a edição de Resolução do Senado Federal ou declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não podendo o julgador dar à norma legal em comento interpretação que dela não decorre, sob pena de tornar indefinido o termo inicial do prazo para o pedido de restituição, destruindo o instituto da decadência.

Inferre que o entendimento da Câmara recorrida somente pode prevalecer se afastar a aplicabilidade do disposto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, o que, em observância ao artigo 49 do RICC, c/c a Súmula nº 2 do 1º Conselho de Contribuintes, é defeso ao julgador administrativo.

A fazer prevalecer sua pretensão, traz à colação julgados da esfera Judicial e Administrativa a propósito da matéria, além de Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional e Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal, consonantes com o entendimento acima esposado.

Contrapõe-se ao Acórdão atacado, alegando que foi editado pela Secretaria da Receita Federal o Ato Declaratório nº 096, de 26 de dezembro de 1999, o qual é expresso ao dispor que o direito a restituição do tributo pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário, não tendo a Instrução Normativa o condão de criar ou extinguir direitos, não inovando o lapso decadencial/prescricional.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do Recurso Especial, impondo a reforma do *decisum* ora atacado, nos termos encimados.

Submetido a exame de admissibilidade, a ilustre Presidente da então 6ª Câmara do 1º Conselho, entendeu por bem admitir o Recurso Especial do Procurador, sob o argumento de que a recorrente logrou comprovar que o Acórdão recorrido, em tese, contrariou a legislação tributária, especialmente o artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, conforme Despacho nº DEF 106151781_125/2008, às fls. 272/273.

Instada a se manifestar a propósito do Recurso Especial do Procurador, a contribuinte ofereceu suas contrarrazões, às fls. 277/289, corroborando as razões de decidir do Acórdão recorrido, em defesa de sua manutenção, trazendo à colação jurisprudência judicial e administrativa ratificando seu entendimento, sobretudo quando a matéria já se encontra pacificada na CSRF.

É o relatório.

Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA,
Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e acatada pela ilustre Presidente da então 6ª Câmara do 1º Conselho a contrariedade à lei suscitada, conheço do Recurso Especial e passo à análise das razões recursais.

Conforme se depreende da análise do Recurso Especial, pretende a Procuradoria a reforma do Acórdão recorrido, alegando, em síntese, que as razões de decidir ali esposadas contrariaram os preceitos contidos nos artigos 168, *caput* e inciso I, 165, inciso I, do Código Tributário Nacional, afrontando, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Em que pesem os argumentos da recorrente, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o Acórdão recorrido apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

Antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, cumpre trazer à baila os dispositivos legais que regulamentam a matéria, que assim prescrevem:

“ 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 art. 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;”

“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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”

Na hipótese dos autos, não há dúvidas quanto a existência do indébito, tendo em vista tratar-se de pedido de restituição de Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL exigido das sociedades anônimas, com base no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058/SC, com decisão publicada em 03/08/1995.

Nesse sentido, a discussão centra-se tão somente no prazo prescricional para o contribuinte exercer seu direito de repetição de indébito, mais precisamente em relação ao termo *a quo* de referido prazo.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, com amparo nos artigos 168, *caput* e inciso I, 165, inciso I, do Códex Tributário, entende que o termo *a quo* do prazo prescricional/decadencial em comento é a data do pagamento do tributo indevido.

Por sua vez, a Câmara recorrida, à sua maioria, determinou que o prazo para a contribuinte pleitear a restituição e/ou compensação dos tributos em referência (ILL) inicia-se na data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996, entendimento compartilhado por este conselheiro, pelas razões de fato e de direito que passamos a desenvolver.

Afora as várias discussões doutrinárias a propósito do tema, o certo é que o ILL, cobrado com arrimo no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, só passou a ser indevido quando da definitiva exclusão de tal dispositivo legal do ordenamento jurídico, ou seja, a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996, atribuindo efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte exarada em sede de Recurso Extraordinário, com efeito *inter partes*.

Em outras palavras, antes da Resolução do Senado Federal nº 82, o tributo em debate era devido e deveria ser recolhido em época própria, ou melhor, os pagamentos foram efetuados com fulcro na legislação de regência vigente, só passando a ser indébito quando da edição daquela Resolução, a qual suspendeu a execução do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, com base na decisão do STF nos autos do RE nº 172.058/SC.

Nessa toada, ao admitir como termo *a quo* do prazo prescricional *sub examine* a data do pagamento do tributo indevido, estamos privilegiando o contribuinte que não o pagou, eis que não cumpriu a legislação de regência válida à época e não suportará lançamento fiscal com o fito de exigir tal exação, porquanto declarada inconstitucional posteriormente.

Em outra via, o contribuinte que cumpriu com suas obrigações tributárias, pagando o tributo em dia, será penalizado por seguir os preceitos do malfadado dispositivo legal. Mais a mais, repita-se, à época dos pagamentos do ILL exigido pelo artigo 35 da Lei nº 7.713/88, tal tributo era efetivamente devido, só passando a ser indébito quando da suspensão da execução daquela norma, mediante Resolução do Senado Federal.

Na esteira desse entendimento, as razões de decidir do Acórdão atacado representam, além da observância ao princípio da legalidade, o cumprimento do dever legal do julgador de se fazer justiça.

Assim, não se pode admitir como termo inicial do prazo prescricional em análise, a data do pagamento do tributo. Este, aliás, é o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência judicial e administrativa, conforme restou circunstanciadamente demonstrado no Acórdão recorrido, bem como nas peças recursais da contribuinte.

A propósito da matéria, mister transcrever excerto da obra de Leandro Paulsen, que assim preleciona:

“ [...] O STJ, contudo, tem se pronunciado reiteradamente no sentido de que, em se tratando de tributo declarado inconstitucional, o prazo quinquenal conta-se da publicação da decisão do STF em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado, havendo precedente no sentido da contagem a partir da publicação da decisão do recurso extraordinário. [...]”

- Procuramos identificar a origem da posição do STJ no sentido de que o prazo para repetição contar-se-ia da decisão do STF. A

1ª Seção firmou tal entendimento por ocasião do julgamento dos Embargos de Div. no Recurso Especial nº 43.502 e também no 44.952. Houve transcrição, pelo Min. Américo Luz, de voto anteriormente proferido pelo Min. Pádua Ribeiro no Resp 44.221/PR, em que resgatava voto proferido por Hugo de Brito Machado na AC 44.403-3, na 1ª T. do TRF%, em abril de 1994, sendo que também Hugo valera-se da lição alheia (de Ricardo Lobo Torres), conforme segue de seu voto: “O direito de pleitear a restituição, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. RICARDO LOBO TORRES, ensina: ‘Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data do trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidenter tantum pelo STF.’” (“DIREITO TRIBUTÁRIO – Constituição e Código Tributário Nacional à luz da Doutrina e da Jurisprudência”, Leandro Paulsen – 5ª edição, pág. 991) (grifamos)

Igualmente, a jurisprudência consolidada nesse Colendo Tribunal Administrativo oferece proteção ao pleito da contribuinte, senão vejamos:

“ 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 do 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 parte em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo;*
- c) da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido da exação tributária.”*

(1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Recurso nº 104-03.304, Acórdão nº CSRF/01-03.239)

“ DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL – O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributo pago indevidamente, inicia-se na data da publicação de ato legal ou administrativo que reconhece indevida a exação tributária.

Recurso especial negado.”

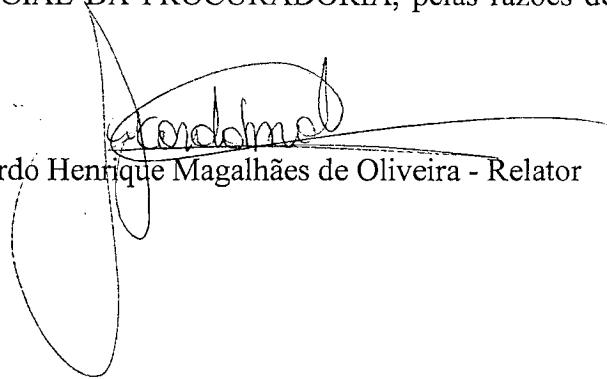
(4ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Recurso nº 103-128.397, Acórdão nº CSRF/04-00.039 – Sessão de 21/06/2005)

No caso vertente, não se cogita em prescrição do direito da contribuinte, tendo em vista que apresentou pedido de restituição/compensação em 18 de julho de 2002,

dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos, contados da publicação da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996.

Assim, escoreito o Acórdão recorrido devendo, nesse sentido, ser mantido o provimento ao recurso voluntário da contribuinte, na forma decidida pela 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que afastou a decadência suscitada e determinou o retorno dos autos à DRJ de origem para enfrentamento do mérito, uma vez que a recorrente não logrou infirmar os elementos que serviram de base ao decisório atacado.

Por todo o exposto, estando o Acórdão guerreado em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA PROCURADORIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.



Rycardó Henrique Magalhães de Oliveira - Relator