



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

Processo nº 10880.010322/2002-22
Recurso nº 151.781 Embargos
Acórdão nº 9202-01.051 – 2ª Turma
Sessão de 21 de setembro de 2010
Matéria ILL
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado DROGARIA SÃO PAULO S.A.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

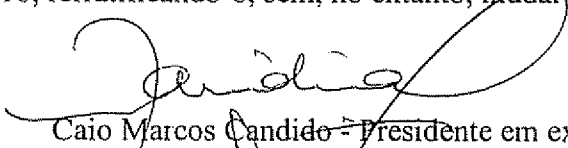
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO. COMPROVAÇÃO. ACOLHIMENTO. Restando comprovada a contradição no Acórdão guerreado, na forma suscitada pela Embargante, impõe-se o acolhimento dos Embargos de Declaração para suprir o vício apontado, rerratificando o resultado do julgamento levado a efeito por ocasião do primeiro julgamento.

ILL. SOCIEDADE LIMITADA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO. Tratando-se de pedido de restituição/compensação de Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL, exigido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, 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 Instrução Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997, que atribuiu efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte, reconhecendo a não incidência de aludido tributo, ampliando a suspensão daquele dispositivo legal, contemplada na Resolução do Senado Federal nº 82/1996.

Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os Embargos de Declaração para sanear a contradição apontada no Acórdão nº 9202-00.790, de 13 de abril de 2010, retratificando-o, sem, no entanto, mudar-lhe o resultado.


Caio Marcos Candido - Presidente em exercício


Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

EDITADO EM: 28 OUT 2010

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Caio Marcos Candido (Presidente em exercício), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Giovanni Christian Nunes Campos, Gonçalo Bonet Allage, Julio César Vieira Gomes, Damião Cordeiro de Moraes, Gustavo Lian Haddad, 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 Especial da Procuradoria à Câmara Superior de Recursos Fiscais, contra decisão da então 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que afastou a prescrição/decadência do direito de repetição do indébito sob análise, esta Egrégia 2ª Turma, em 13/04/2010, achou por bem conhecer do Recurso da Fazenda Nacional e NEGAR-LHE PROVIMENTO, por maioria de votos, o fazendo sob a égide dos fundamentos consubstanciados no Acórdão nº 9202-00.790, com sua ementa abaixo transcrita:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

Ementa: 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 "

Irresignada, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração, às fls. 331/333, com arrimo no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, procurando demonstrar a insubsistência do Acórdão recorrido, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato dos fatos ocorridos durante o processo administrativo fiscal, insurge-se contra o Acórdão recorrido, em virtude da existência de contradição, mais precisamente entre a fundamentação do julgado e a sua parte dispositiva, justificando a interposição da presente medida esclarecedora.

Em defesa de sua pretensão, assevera que o *decisum* guerreado, inobstante inferir que o prazo prescricional para restituição/compensação de indébitos de ILL, exigidos com base no artigo 35 da Lei nº 8.713/1998 é de 05 (cinco) anos, contado da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996, reconheceu que o pedido formulado pela contribuinte, em 18/07/2002, encontra-se tempestivo.

Assevera que entre 19/11/1996 (publicação da Resolução Senatorial) e 18/07/2002 (Protocolização do Pedido de Restituição/Compensação) o lapso temporal é maior do que 05 (cinco) anos, comprovando a intempestividade do pleito da contribuinte, eis que o prazo expirava-se em 19/11/2001, ao contrário do que restou decidido no Acórdão embargado.

Por derradeiro, pretende sejam os Embargos de Declaração acolhidos, com o fito de sanear a contradição apontada, de maneira a reconhecer a prescrição do direito da contribuinte repetir os indébitos de ILL.

Submetido à exame preliminar dos pressupostos para conhecimento dos Embargos opostos pela Fazenda Nacional, entendemos que a embargante logrou demonstrar a contradição suscitada, razão pela qual propusemos o acolhimento do seu pleito, com a devida reinclusão em pauta de julgamento, o que veio a ser ratificado pelo ilustre Presidente da CSRF.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, por ser tempestivo e comprovada a contradição apontada pela Embargante, acolho os Embargos de Declaração, pelas razões de fato e de direito a seguir esposadas.

Preliminarmente, impende esclarecer a contradição apontada pela Procuradoria, motivo da oposição dos presentes Embargos, de maneira a demonstrar estarem atendidos os requisitos regimentais para conhecimento deste recurso.

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, constata-se que a pretensão da Fazenda Nacional merece acolhimento, impondo sejam conhecidos os Embargos de Declaração com o fito de sanear a contradição incorrida no Acórdão guerreado.

Com efeito, o voto condutor do *decisum* embargado, ao definir o termo inicial para o pedido de restituição de indébitos relativos ao ILL exigido com arrimo no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, adotou a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996. Assim, o prazo prescricional de 05 (anos) para o requerimento da contribuinte teria data fatal em 19/11/2001.

Por outro lado, afora o esclarecimento encimado, concluímos no Acórdão recorrido que o pedido formulado pela contribuinte, cuja protocolização ocorrera em 18/07/2002, estaria dentro do prazo suso mencionado, o que, de fato, não representa a realidade dos fatos.

Entrementes, após análise mais acurada dos autos, constatamos que à época do pagamento dos tributos objeto do pedido de restituição sob análise, a contribuinte era sociedade por quotas de responsabilidade limitada, razão pela qual a então 6ª Câmara do 1º Conselho, acolheu o seu pleito, afastando a prescrição, adotando como termo *a quo* a data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/1997, estando o pedido formulado pela contribuinte, em 18/07/2002, dentro do prazo prescricional de 05 (cinco) anos.

Ocorre que esses fatos não foram devidamente esclarecidos/observados por ocasião do julgamento embargado, tendo o Acórdão em vergasta tratado da matéria na forma de pedido de restituição/compensação formalizado por Sociedade Anônima e não por quotas de responsabilidade limitada, como devidamente contemplado no Acórdão recorrido (da 6ª Câmara do 1º Conselho).

Nesse sentido, procedem os Embargos de Declaração opostos pela douta representante da Fazenda Nacional, impondo o acolhimento de sua pretensão com o fito de sanear aludida contradição, para que seja proferida nova decisão por esta Egrégia Turma da CSRF na boa e devida forma.

Ultrapassada a preliminar de conhecimento dos Embargos de Declaração, passamos à análise meritória da demanda, adotando como premissa verdadeira a condição de Sociedade por quotas de responsabilidade limitada da empresa em epígrafe, quando do pagamento dos tributos objeto do pedido de restituição.

Neste ponto, aliás, mister se fazer elucidar que a Procuradoria, em seu recurso especial, não se insurgiu contra aludido entendimento da Câmara recorrida, a qual acolheu a pretensão da contribuinte, levando a efeito sua natureza jurídica à época do recolhimento dos pretensos indébitos – sociedade por quotas de responsabilidade limitada -, em que pese ser Sociedade Anônima quando da protocolização do pedido e atualmente.

Na esteira desse raciocínio, entendemos que referida questão encontra-se transitada em julgado, devendo ser considerada a contribuinte como sociedade limitada para efeito da contagem do prazo prescricional *sub examine*.

DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL

Em suas razões recursais, 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 à existência do indébito, tendo em vista tratar-se de pedido de restituição de Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL exigido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, 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, em 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 Instrução Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997, 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 Instrução Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997, onde a própria autoridade fazendária reconheceu a inconstitucionalidade daquela norma, atribuindo efeito *erga omnes* à decisão da Suprema Corte exarada em sede de Recurso Extraordinário, com efeito *inter partes*.

Em outras palavras, antes da IN SRF nº 63/1997, 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 Instrução Normativa, que alargou a abrangência dos preceitos contidos na Resolução do Senado Federal nº 82/1996, a qual suspendeu a execução do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, contemplando simplesmente a expressão “acionista” nele contido, alcançando, assim, tão somente às sociedades anônimas.

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 do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pela própria autoridade fazendária, mediante edição da Instrução Normativa SRF nº 63/1997, que ampliou a suspensão da execução daquela norma determinada pela Resolução do Senado Federal retromencionada.

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 Ricordo 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.

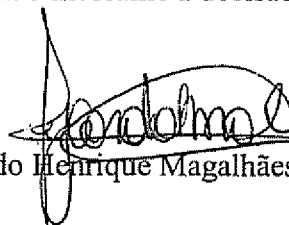
Recurso especial negado "

(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 Instrução Normativa SRF nº 63, DOU de 25/07/1997.

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 VOTO NO SENTIDO DE ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, para sanear a contradição apontada no Acórdão Embargado, nº 9202-00.790, rerratificando o resultado do julgamento levado a efeito no *decisum* guerreado, de maneira a CONHECER DO RECURSO ESPECIAL DA PROCURADORIA E NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão recorrida pelas razões de fato e de direito acima esposadas.


Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira

