



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

Processo nº 10940.001782/2002-16
Recurso nº 342.292 Voluntário
Acórdão nº 1103-00.344 – 1ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de novembro de 2010
Matéria ILL - RESTITUIÇÃO
Recorrente COMPANHIA FORÇA E LUZ DO OESTE - CFLO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Pedido de Restituição de ILL

Ano-calendário: 1990, 1991 e 1992

Ementa:

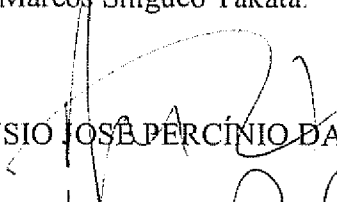
DECADÊNCIA – PRAZO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO - ILL

Diante da interpretação dada pela Corte Especial do STJ na Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736-PE, em 6 de junho de 2007, e sobretudo em face do julgamento, pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, do REsp 1.002.932-SP, sob o rito de recurso repetitivo, de 6 de junho de 2009, forçoso se reconhecer a pacificação da questão no STJ. Nesse sentido, aos pagamentos indevidos antes de 9 de junho de 2005, o prazo para o direito à repetição é de cinco mais cinco anos, limitado ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da Lei Complementar 118/05. No caso de reconhecimento de inconstitucionalidade do tributo, não há como se contar esse prazo a não ser da data em que houve tal reconhecimento. Essa é a data do “fato gerador” do indébito. Não consumação da decadência, devendo os autos retornarem ao órgão de origem para apreciação do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma letra inicial proeminente.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, devolver o processo à DRF preparadora para apreciar a questão de mérito, tendo em vista ter sido reconhecido o direito de pleitear restituição num prazo de dez anos, contado da data do reconhecimento da inconstitucionalidade do tributo. Vencidos os conselheiros Gervásio Nicolau Recktenvald (Relator), Mário Sérgio Fernandes Barroso e Hugo Correa Sotero, que votaram pelo prazo de cinco anos para a repetição de indébito. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Shigueo Takata.


ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA - Presidente.


GERVÁSIO NICOLAU RECKTENVALD - Relator.


MARCOS SHIGUEO TAKATA - Relator Designado.

EDITADO EM: 20 JAN 2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Aloysio José Percínio da Silva (Presidente da Turma), Marcos Shigueo Takata, Eric Moraes de Castro e Silva, Hugo Correa Sotero, Mário Sérgio Fernandes Barroso e Gervásio Nicolau Recktenvald.

Relatório

A empresa COMPANHIA FORÇA E LUZ DO OESTE, CNPJ Nº 77.882.504/0001-07, veio perante este Conselho para, através do regular recurso voluntário, demonstrar sua não conformidade com o decidido pela 1ª Turma da DRJ em Curitiba/PR, que considerou extinto o direito de requerer a repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, pelo fato do pedido ter sido formulado depois de transcorridos mais de cinco anos da data dos recolhimentos do Imposto de Renda na Fonte calculado com base no Lucro Líquido - ILL, considerados indevidos.

Detalhando a controvérsia, observa-se que a matéria objeto do presente processo administrativo decorreu de um pedido de restituição de ILL, formalizado pela fonte pagadora do rendimento (ora recorrente) ante a DRF de Ponta Grossa/PR, onde foi protocolizado em 24 de julho de 2002 (fl. 01).

O pedido tem como objeto diversos recolhimentos de ILL retido na fonte, tidos como indevidos pela recorrente, pagos em diversas datas, todas compreendidas entre fevereiro de 1990 e maio de 1993, num total, atualizado até a data da formalização do pedido segundo os cálculos da interessada, de R\$ 650.357,74 (fl. 02).

Tais recolhimentos decorreram do que dispunha o art. 35 da Lei nº 7.713/88, que determinava que *“o sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base”*.

A fundamentação legal do pedido de restituição está calcada no reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão “acionista”, pelo STF, contida no art. 35 da Lei nº 7.713/88, cuja decisão foi objeto da Resolução nº 82, de 18/11/1996, do Senado Federal, que excluiu, definitivamente, do mencionado texto legal, a referida expressão.

Analisado o requerimento da interessada pelo SEORT da DRF de Ponta Grossa, este, através do Despacho Decisório nº 248/2007 (fl. 26), negou o pedido, com fundamento nos arts. 165 e 168 do CTN e Ato Declaratório SRF nº 96/99, que conteriam determinação de que valores recolhidos indevidamente ou em valor maior que o devido deveriam ser objeto de pedido de restituição, sob pena de extinção do direito, no prazo de cinco anos da data do pagamento.

Notificada da decisão em 26/06/2007 (fl. 28), tempestivamente, em 23 de julho de 2007, a interessada interpôs manifestação de inconformidade (fl. 29), arguindo, em síntese, que a decisão não poderia prosperar, tendo em vista que *“aos pedidos de restituição apresentados antes da edição da Lei Complementar nº 118/05, há de ser aplicado o prazo de decadência de 5 (cinco anos), contados da homologação tácita do lançamento, o que teria ocorrido após 5 (cinco anos) contados do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, bem como em consonância com ampla Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”* (fl. 30).

Por fim, pediu que fosse reformada a decisão da DRF, reconhecendo-se o direito à restituição dos créditos de ILL pleiteados (fl. 35).



Encaminhados os autos para julgamento de Primeiro Grau, a 1ª Turma da DRJ em Curitiba/PR deliberou, por unanimidade de votos, que o direito de requerer a repetição do indébito estava extinto quando da apresentação do pedido de restituição, por formalizado depois de transcorridos cinco anos da data dos recolhimentos indevidos.

Tal posicionamento foi fundamentado no disposto no inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (CTN) (fl. 40), bem como, no contido nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, pois a interpretação trazida pelo art. 3º aplicar-se-ia retroativamente, conforme comando do art. 4º, apesar deste último já ter sofrido restrições em exame incidental pela Corte Especial do STJ.

Notificada do acórdão em 28 de março de 2008, a interessada interpôs recurso voluntário (fl. 46), apresentado em 25 de abril de 2006, onde repisa as arguições anteriores, assim sintetizadas: (a) que antes do advento da LC nº 118/05 o STJ tinha o entendimento pacífico no sentido de que o lapso prescricional para formulação de pedido de restituição de indébito era decenal; (b) que somente a partir da vigência da LC nº 118/05 a contagem do prazo prescricional, de cinco anos, passou a ser contado a partir da data do pagamento, e não mais da data da homologação tácita, vigente anteriormente; (c) que o STJ considerou inconstitucional o efeito retroativo proposto pelo art. 4º da LC nº 118/05.

Por fim, requereu fosse dado provimento ao recurso voluntário, “*afastando-se a aplicação retroativa da Lei Complementar nº 118/05 ao caso em tela*”, decidindo-se pelo reconhecimento do direito à restituição pleiteada.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Gervásio Nicolau Recktenvald

O recurso voluntário interposto é tempestivo e reúne os demais pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, conforme relatado, a questão posta na controvérsia cinge-se à definição do lapso prescricional para a formalização de pedido de restituição de indébito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, no caso em que o pedido foi formulado anteriormente ao advento da LC nº 118/2005.

Para rememorar a cronologia dos fatos relevantes à discussão, cabe informar que as retenções e os recolhimentos de ILL, considerados indevidos pela recorrente, verificaram-se no período compreendido entre fevereiro de 1990 e maio de 1993 (fl. 02), e o pedido de restituição foi apresentado em 24 de julho de 2002 (fl. 01). Portanto, localizando no tempo os recolhimentos do reivindicado indébito, vê-se que todos os pagamentos ocorreram há mais de 5 (cinco) anos da data da formalização do pedido de restituição, e muitos deles, isto é, os anteriores a 07/92 (fl. 02), inclusive ocorreram há mais de 10 (dez) anos da protocolização do pedido de restituição.

Nesse contexto vieram os autos a este Conselho, pois a Recorrente, especialmente apoiada em entendimento do STJ, refletido na tese dos “cinco mais cinco”, propugna pelo reconhecimento do prazo prescricional de 10 anos contados do pagamento, enquanto a administração tributária, no que foi apoiada pela decisão recorrida, adotou o determinado na Lei Complementar nº 118, de 2005, que diz ser de cinco anos, contados do pagamento, o prazo para requerer a restituição dos recolhimentos considerados indevidos.

Para uma melhor visualização da controvérsia, mostra-se apropriado reproduzir as disposições da Lei Complementar nº 118/2005, pertinentes ao caso, que estão refletidas nos artigos 3º e 4º:

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, está expresso que o comando reproduzido objetivou dar uma interpretação precisa à expressão “data de extinção do crédito tributário”, empregada no inciso I do art. 168 do CTN, inclusive determinando a adoção retroativa dessa interpretação.



Apesar disso, a posição da requerente, nesse particular, tem forte apoio, isso porque o STJ acolheu a tese de 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 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

Segundo aquele entendimento, a norma inserta no artigo 3º da Lei Complementar em tela teria criado um direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação seria permitida, consoante apregoada doutrina abalizada.

Consequentemente, tendo em vista que, no caso, as retenções e os pagamentos indevidos foram efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), segundo a recorrente, o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito seria de dez anos, reivindicação que extrai de outra tese do STJ - conhecida como a tese dos "cinco mais cinco". Segundo essa posição, a extinção do crédito tributário, em se tratando de tributos lançados por homologação, não ocorreria com o pagamento, sendo indispensável a homologação expressa ou tácita, e somente a partir daí se iniciaria o prazo prescricional de que trata o art. 168, I, do CTN.

Apesar dessas respeitáveis posições, que embasam a enfática defesa da recorrente, devo considerar que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de lei federal (art. 102, inc. III, letra "b", da CF/88). Devo considerar, também (emprestando os dizeres do voto condutor do acórdão *a quo*), "*que este Colegiado não é a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, tampouco este é um processo judicial, pelo contrário, trata-se de processo administrativo, a ser apreciado por um órgão administrativo, componente da estrutura do Poder Executivo*" (fl.43). Nesse contexto, apesar de tudo, não é permitido a este Colegiado prolatar uma decisão favorável à recorrente, fundamentada no afastamento da Lei Complementar nº 118/2005, sob a alegação de inconstitucionalidade.

Ademais, está sedimentado por reiteradas decisões das Turmas Julgadoras deste CARF, o entendimento de que não cabe pronunciamento deste Conselho acerca de teses como a proposta pela recorrente, baseada na inconstitucionalidade da LC nº 118/2005, uma vez que a avaliação da constitucionalidade das leis é de competência privativa do Poder Judiciário, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, que foi o órgão erigido pelo legislador constituinte em guardião da Constituição.

Tal limitação, imposta a este Colegiado, inclusive está expressa nas normas regimentais, que impedem "*aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade*" a não ser "*que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal*" (art. 62, caput e parágrafo único, inciso I, do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 – Regimento Interno do CARF).

Ainda quanto ao prazo prescricional, embora a questão não tenha sido arguida no recurso, poderia surgir a alegação de que a contagem desse prazo deveria se iniciar na data da publicação da decisão do STF (13/10/1995) que julgou o REsp 172.058/SC, quando considerou inconstitucional a expressão "o acionista", contida no art. 35 da Lei nº 7.713/88. Também, há entendimentos similares que defendem que o prazo decadencial do direito à restituição deveria iniciar na data da publicação da Resolução do Senado Federal que conferiu efeito *erga omnes* à decisão *inter partes*, proferida pelo STF. Tal Resolução, de nº 86/96, foi publicada no DOU de 19.11.1996, o que selou definitivamente, para todos, o reconhecimento



da inconstitucionalidade do imposto de renda na fonte sobre os lucros dos acionistas, na forma do previsto no art. 35 da Lei nº 7.713/1988.

Entretanto, mesmo que se considerassem as datas aludidas no parágrafo precedente como ponto de partida para a contagem do prazo para reclamar o pretenso indébito, ainda assim o pedido teria sido formulado a destempo, isto se considerado o prazo de cinco anos.

Um outro ponto, relevante para a avaliação da pretensão da recorrente, mas que também não foi trazido aos autos, diz respeito às autorizações em favor da recorrente, de parte dos efetivos sujeitos passivos (acionistas da Companhia Força e Luz do Oeste), necessárias para possibilitar à pessoa jurídica que promoveu as retenções, mas que não suportou o ônus do imposto, a buscar o pretenso indébito.

E não há dúvidas de que o sujeito passivo do ILL é, no caso, o acionista. Isso se infere do art. 35 da Lei nº 7.713/1988 que determinou a incidência do IRRF sobre o Lucro Líquido:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido, apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

Também, não há nos autos qualquer demonstração de que os sujeitos passivos, acionistas da Companhia Força e Luz, não se beneficiaram do IRRF deles retido.

Só para exemplificar, um dos benefícios aludidos é o previsto no art. 36 da Lei nº 7.713/1988, que determina:

Art. 36. Os lucros que forem tributados na forma do artigo anterior, quando distribuídos, não estarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte.

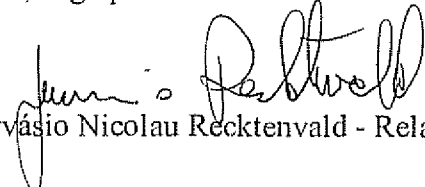
Parágrafo único. Incide, entretanto, o imposto de renda na fonte:

a) em relação aos lucros que não tenham sido tributados na forma do artigo anterior;

b) no caso de pagamento, crédito, entrega, emprego ou remessa de lucros, quando o beneficiário for residente ou domiciliado no exterior.

Só para lembrar, na época dos fatos objeto deste processo, os rendimentos de participações societárias, quando distribuídos, eram tributados na fonte pela alíquota de 15%, 25% ou 30%, dependendo da condição do beneficiário (art. 544 do RIR/1980).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário.


Gervásio Nicolau Recktenvald - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Marcos Takata, Redator Designado

Peço vênia ao nobre relator, para me permitir discordar somente por razões de ordem jurisprudencial.

Tenho para mim que o direito à repetição ou à compensação de “pagamento” indevido (em geral, recolhimento indevido) ou a maior é fulminado pela decadência (ou como quer a jurisprudência do STJ, pela “prescrição”) com o decurso de cinco anos da data em que se denuncia ter havido “pagamento” indevido ou a maior. E essa data é a do próprio “pagamento” indevido ou a maior ou a da declaração de inconstitucionalidade do tributo, ou do reconhecimento de não incidir o tributo.

O art. 168, I, do CTN dispõe que o direito de pleitear a restituição se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Se é que se pode falar em dislate, este se verifica ao falar em extinção do crédito tributário. Se o chamado pagamento é indevido, nunca nasceu crédito tributário em relação ao indébito; não há como se extinguir o que não nasce. Não se extingue crédito tributário. Em geral, há recolhimento (que é diferente de pagamento – forma de extinção de obrigação) indevido.

Mas, como exposto, fácil superar o aparente deslize redacional para se extrair a devida interpretação do preceito. Vale dizer, o direito de pleitear a restituição se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento indevido ou que venha a se revelar a maior, salvo nos casos em que há superveniente declaração de inconstitucionalidade do tributo (este é o caso em questão) ou de reconhecimento de não incidir o tributo.

No caso em dissídio, o ILL foi recolhido entre fevereiro de 1990 e maio de 1993. O RE 172.058/SC, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88 em relação a acionistas, teve seu julgamento publicado em 13/10/95.

É de se ver, ainda, que a Resolução do Senado Federal 82/96 (DOU de 19/11/96) suspendeu a execução do art. 35 da Lei 7.713/88 em relação a acionista, com fundamento no art. 52, X, da Constituição Federal.

O pedido de restituição do ILL, por sua vez, foi protocolizado em 24/07/02.

Por outro lado, o STJ assentou a seguinte inteligência, por sua Corte Especial, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos Embargos de Infringência no Recurso Especial (AI nos EREsp) 644.736/PE, de 6/06/07¹. O art. 3º da Lei Complementar 118/05 só pode ter eficácia prospectiva, porquanto não se trata de norma interpretativa, de modo que seu comando só é aplicável “sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência”: após

¹ E isso porque o STF, em recurso extraordinário em face do “decisum” prolatado nos autos dos EREsp 644.736/PE, reconheceu a ofensa ao art. 97 da CF (princípio da reserva de plenário), com a consequente inconstitucionalidade daquele acórdão. Daí a 1ª Seção do STJ impor o processamento, perante a Corte Especial do STJ, de incidente de inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar 118/05.

120 dias da publicação da Lei Complementar 118/05, isto é, a partir de 9/06/05. Nesses moldes, a segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/05 não passa pelo teste de validade.

Ou seja, conforme a interpretação assentada pelo STJ, por sua Corte Especial, no julgamento por unanimidade da AI nos EREsp 644.736/PE: a) sobre pagamentos indevidos antes de 9/06/05, permanece o entendimento de que o prazo “prescricional” para repetição de indébito tributário é de cinco anos mais cinco anos, contados da data do fato gerador, limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da nova lei; b) sobre pagamentos indevidos a partir de 9/06/05, o referido prazo “prescricional” é de cinco anos contados da data do pagamento indevido. E a inconstitucionalidade foi declarada pelo órgão especial do STJ, em conformidade com o art. 97 da CF², e em consonância com a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal³.

Ainda, mais recentemente, a 1ª Seção do STJ julgou, em sede de procedimento de recurso especial repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, o REsp 1.002.932-SP, em 25 de novembro de 2009. No julgamento desse REsp afetado em procedimento de recurso repetitivo, consagrou-se derradeiramente a interpretação dada no julgamento da AI nos EREsp 644.736/PE: a) sobre os pagamentos indevidos antes de 9/06/05, o prazo “prescricional” para repetição de indébito tributário é de cinco mais cinco, limitado ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da nova lei; b) sobre pagamento indevidos a partir de 9/06/05, o prazo “prescricional” é de cinco anos contados da data do pagamento indevido.

Como já disse, pessoalmente não comungo com tal inteligência.

Entretanto, diante do julgamento do REsp 1.002.932-SP, sob o rito de recurso repetitivo, forçoso se reconhecer a pacificação da matéria no STJ. Outrossim, v.g., no REsp 1.096.288-RS, julgado em 9/12/09, no Agravo Regimental (AgRg) no Agravo de Instrumento 1.056.899-SP, julgado em 15/12/09, no AgRg no REsp 1.045.690-SP, julgado em 15/12/09, em todos esses julgamentos se fez expressa remissão à interpretação consagrada no regime repetitivo no REsp 1.002.932/SP.

Embora discorde desse entendimento do STJ, em face do quadro posto curvo-me à afetação da interpretação do STJ, para reconhecer o prazo decadencial (ou “prescricional” como quer o STJ) dos cinco mais cinco anos, limitado a cinco anos a contar da vigência da nova lei (Lei Complementar 118/05).

Mas não há como se contar esse prazo a não ser da data da publicação do RE 172.058/SC que julgou inconstitucional o ILL para acionistas, 13/10/95. Essa é a data do “fato gerador” do indébito. Se o prazo fosse contado de outra data que não a da declaração de inconstitucionalidade (ou seja, de data anterior a esta), e se esta se desse somente após o decurso do prazo contado de outra data, estar-se-ia passando uma certidão de enriquecimento ilícito ou sem causa por parte do Estado.

² Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

³ Súmula nº 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.



Sob essa ordem de considerações, reconheço inexistir a consumação do fenômeno decadencial, devendo os autos serem baixados ao órgão de origem para o exame do mérito.

É o meu voto.

 Marcos Takata – Redator Designado