



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

Processo nº 13707.003135/2002-91
Recurso nº 167.827 Voluntário
Acórdão nº 1801-00.166 – 1ª Turma Especial
Sessão de 08 de dezembro de 2009
Matéria Per / Dcomp
Recorrente REDE MANAUS COMÉRCIO DE PNEUS LTDA
Recorrida 5ª TURMA DE JULGAMENTO DA DRJ NO RIO DE JANEIRO/RJ - I

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ILL - SOCIEDADE LIMITADA - É de cinco anos o prazo para repetição do indébito, contados da publicação do ato normativo que reconheceu a ilegalidade da exigência, qual seja, a Instrução Normativa SRF nº 63 de 1997. (Acórdão CSRF/01-03.854).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, afastar a decadência suscitada pela primeira instância, devendo os autos retornarem à primeira instância de julgamento para enfrentar as demais questões controversas; nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado, vencido o Conselheiro João Bellini Júnior (Suplente Convocado). Ausente, momentaneamente, a Conselheira Cheryl Berno.

ANA DE BARROS FERNANDES - Presidente e Relatora

EDITADO EM: 12 AGO 2010

Participaram da sessão de julgamento, os Conselheiros: Marcelo Cuba Netto, Rogério Garcia Peres, João Bellini Júnior, Cheryl Berno, Marcos Vinícius Barros Ottoni e Ana de Barros Fernandes.

Relatório

A empresa requer às fls. 01 e 02 a restituição do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (ILL) recolhido, a seu ver, indevidamente, em abril de 1990, abril e junho de 1991, abril a junho de 1992, janeiro a março e maio de 1993.

O pedido foi protocolizado em 25/07/02.

O Parecer Conclusivo de fls. 61 a 63 embasou o Despacho Decisório nº 109/2007 – fls. 64, negando o direito da contribuinte à restituição pleiteada, em face à decadência do pedido formulado, por extrapolar o prazo quinquenal preceituado no artigo 168, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN (Lei nº 5.172/66), contado da data de pagamento.

A empresa, inconformada, apresentou sua manifestação às fls. 69 a 79 arguindo que houve equívoco na decisão proferida pela autoridade *a quo*, por se tratar de tributo cuja exigibilidade foi reconhecida de natureza inconstitucional, exteriorizada pela edição da Instrução Normativa SRF nº 63/97, publicada em 25/07/97, sendo este o *dies a quo* para o início da contagem do prazo decadencial, estando, por conseguinte o pedido devidamente formalizado dentro do prazo legal.

Esclarece que os exatos moldes do parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 63/97, a empresa é de natureza limitada sendo que o contrato social não prevê a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Cita o Parecer COSIT nº 58/98, o acórdão CSRF nº 01-03.239 e outros proferidos pelo então Primeiro Conselho de Contribuintes.

Invocando o princípio da eventualidade, defende a tese dos dez anos para exercer o direito à repetição do indébito tributário no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, conforme notório entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Solicita, ainda, a correção monetária plena sobre os valores indevidamente recolhidos, conforme planilha anexa ao pedido de restituição interposto.

A Quinta Turma de Julgamento da DRJ no Rio de Janeiro/RJ – I ao proferir o acórdão nº 12-19276/08 manteve o indeferimento da restituição pleiteada como segue:

8.3 Entretanto, o direito a que se refere o precitado art. 165 não se coloca de forma ilimitada ao sujeito passivo. O mesmo deve ser exercido no prazo de cinco anos a contar da data da extinção do crédito tributário que, no caso, coincide com a data do pagamento. Este mandamento está contido no inciso I do art. 168 do CTN, cuja interpretação foi dada de forma definitiva, após exaustivas discussões doutrinárias e diversas interpretações emanadas do Poder Judiciário, pelo art. 3º da Lei Complementar n.º 118, de 09/02/2005. Os dispositivos legais citados seguem adiante transcritos

Lei n.º 5.172/1966 (CTN).



“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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

Lei Complementar nº 118/2005:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do artigo 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.”

8.4. Deve-se ressaltar que mesmo antes de editada a precitada Lei Complementar nº 118/2005, este já era o entendimento da Secretaria da Receita Federal, espelhado no Ato Declaratório SRF nº 96/1999, o qual estabelece em seu item I que “o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – artigos 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).”

8.5. Dessa forma, considerando que o presente pedido foi formalizado em 30/07/2002 (ver carimbo de protocolo às fls. 01), já há aqui fundamentos suficientes para se concluir, em obediência aos dispositivos legais citados, pela extinção do direito de pleitear a compensação, por decurso do prazo de cinco anos, visto que todos os pagamentos constantes de fls. 27/32 foram efetuados até 31/05/1993, não restando alternativa que não seja a de indeferir a restituição pleiteada

A empresa apresenta às fls. 147 a 159, tempestivamente, o Recurso Voluntário reprisando os termos da defesa inicial, salientando que a data de apresentação do pedido é 25/07/2002 e não 30/07/02, conforme equivocadamente entendeu-se no acórdão vergastado.

Solicita que, afastada pelo órgão julgador de segunda instância a decadência declarada, julgue os outros pontos da demanda proposta, não havendo óbice para isto a não manifestação da instância inferior sobre os demais pontos, consoante doutrina esposada pelos processualistas Nelson Nery Júnior e Barbosa Moreira.

É o relatório. Passo a analisar as razões recursais.



Voto

Conselheira ANA DE BARROS FERNANDES

Conheço do recurso interposto, por tempestivo.

De fato, a matéria ora a ser dirimida é polêmica e conflituosa, sendo cediço que existem correntes para justificar ambas posições, antagônicas entre si, no que respeita aos efeitos, *ex tunc* (desde a edição da norma) ou *ex nunc* (a partir da declaração de inconstitucionalidade) do reconhecimento da inconstitucionalidade de norma até então vigente.

É o caso do art. 35 da Lei nº 7.713/88 dispositivo sobre o qual a então Secretaria da Receita Federal – SRF dispôs na Instrução Normativa nº 63/97, em seu artigo 1º:

Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997

DOU de 25/07/1997, pág. 16041

Determina a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional e o cancelamento do lançamento nos casos que especifica

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 7 de abril de 1997, resolve:

Art. 1º Fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.

Parágrafo único. O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Com a devida vênia aos que entendem de forma divergente, entendo que o efeito de tal ato administrativo, reconhecendo publicamente a inexigibilidade do tributo na ocorrência de fatos que a norma tributária não poderia ter considerado como geradores de obrigação tributária principal, ou seja, declarando que inexistente a hipótese de incidência para qualquer exação fiscal, deve prevalecer o entendimento que nunca houve fato gerador de imposto, portanto, constata-se o efeito *ex tunc*.

Causa estranheza, por melhor que se amparem as correntes em contrário, examinar-se fato determinado, não importa quando, e verificar-se que não pode gerar tributo, por lhe faltarem os requisitos essenciais para tal propósito e defender, simultaneamente, que outrora estes requisitos estavam presentes. Se declarou-se, em esfera máxima, que não estavam presentes, nunca estiveram presentes.

A declaração de inconstitucionalidade não guarda aspecto constitutivo, mas sim, como o próprio nome denuncia, meramente declaratório, daí o efeito *ex tunc*.



A lógica jurídica impõe que uma vez inconstitucional, desde o nascimento do fato este já era inconstitucional, não sendo capaz os temperos jurídicos adicionados às situações fáticas disfarçar o sabor amargo da inconstitucionalidade preexistente. A exigência, cobrança e ingresso de numerários aos cofres públicos que foram reconhecidamente inexigíveis, por direito *lato sensu*, pertencem não mais ao Estado que valeu-se da sua condição de exator para exigí-los, mas devem ser restituídos aos contribuintes, que não poderiam, pelos princípios da legalidade e presunção de serem legítimas as exações deixar de cumprir o dever de recolhê-los ao Erário.

Incongruente seria se esperar de cada cidadão que buscasse em ação judicial, custosa em tempo e em recursos, a tutela judicial para não pagar o que está positivado pelo próprio Estado, sob o risco de, ao final, não obter o êxito judicial.

Decido, por conseguinte, em aferir à data da publicação da IN SRF nº 63/97 o condão de constituir o prazo inicial para a contagem do prazo decadencial dos contribuintes em propor o indébito tributário.

No caso presente, equivoca-se a turma julgadora *a quo* ao impor a data de 30/07/02 para a interposição do pedido de restituição formulado pelo contribuinte, valendo-se do carimbo apostado à fl. 01, de protocolo formador de processos, em detrimento àquele apostado ao lado da DERAT do Rio de Janeiro, evidenciando que foi àquele local para protocolizar o seu pedido, posteriormente encaminhado ao CAC de Madureira, conforme o próprio despacho informa.

Nada aventou-se sobre a validade deste outro carimbo, cuja data advoga em prol à contribuinte, ratificada, ainda, por outro carimbo de “Cadastro”, protocolo nº 5360, datado igualmente em 25/07/02, pelo que é forçoso reconhecer que a data a ser considerada como protocolizado o pedido de restituição em pauta, foi, com efeito, em 25/07/02, e somente cuidou-se da formalização física do processo (aposição de capa, etiqueta com numeração etc) , posteriormente, em 30/07/02, ao chegar ao CAC, ou outro setor, a petição já anteriormente protocolizada e aceita na Delegacia da Receita Federal, denominada DERAT/RJ.

Na dúvida, comanda o art. 112 do Código Tributário Nacional, interpretam-se os fatos em favor ao contribuinte.

Destarte, tendo, efetivamente, sido publicada a IN SRF nº 63/97 em 25/07/97, entendo que o pedido protocolizado pela recorrente, apesar de ter sido efetuado no derradeiro dia, não foi alcançado pela decadência.

Melhor sorte, todavia, não socorre à recorrente quando solicita que os demais pontos sejam, de pronto, conhecidos e apreciados por este órgão colegiado.

Entendo que o processo deva retornar ao órgão julgador de primeira instância para apreciar as demais questões envolvidas no presente pedido de restituição, privilegiando o princípio do duplo grau de jurisdição e repudiando a supressão de instâncias.



Voto para dar provimento parcial ao recurso voluntário, determinando que a Quinta Turma da DRJ do Rio de Janeiro/RJ – I se manifeste sobre os demais tópicos manifestados pela contribuinte.


ANA DE BARROS FERNANDES - Relatora