



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

Processo n° 13707.003135/2002-91
Recurso n° Especial do Procurador
Acórdão n° 9101-003.257 – 1ª Turma
Sessão de 05 de dezembro de 2017
Matéria NORMAS GERAIS. DECADÊNCIA.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado REDE MANAUS COMÉRCIO DE PNEUS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2002

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO EM RAZÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TERMO INICIAL DE CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. APLICAÇÃO DO RE 566.621 E DA SÚMULA CARF N. 91.

Não se conhece o recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional que contraria o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 566.621, sob a sistemática do artigo 543-B, §3º, do Código de Processo Civil e a Súmula CARF n. 91, os quais determinam a aplicação do prazo de decadência decenal a pedidos de restituição anteriores à entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05, no caso dos autos, tendo sido formulado em 25.07.2002, para a recuperação de valores de ILL apurados entre 1989 e 1992.

Na parcela conhecida, que supera os dez anos, se aplica igualmente a Súmula CARF n. 91 para se reconhecer a decadência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso Especial, apenas em relação aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 25/07/92 e, no mérito, na parte conhecida, em dar-lhe provimento para aplicar a Súmula CARF n. 91.

(assinado digitalmente)

Rodrigo da Costa Pôssas – Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rodrigo da Costa Pôssas, André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Rafael Vidal de Araújo, Luis Flávio Neto, Flávio Franco Corrêa, Daniele Souto Rodrigues Amadio e Gerson Macedo Guerra. Ausente, justificadamente, os conselheiros Carlos Alberto Freitas Barreto e Adriana Gomes Rêgo.

Relatório

Trata-se de **pedido de restituição** (E-fls. 1 ss.) apresentado em 25.07.2002 para a recuperação de valores de ILL apurados entre 1989 e 1992, com fundamento na sua inconstitucionalidade, pleito este negado pelo **despacho da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária - DERAT/RJ** (E-fls. 80 ss.), com justificativa na contagem do prazo quinquenal de decadência do direito à restituição a partir do pagamento indevido, seguindo o Ato Declaratório SRF n. 96/99.

Insurgindo-se, a Recorrente apresentou **manifestação de inconformidade** (E-fls. 88 ss.), iniciando, em suas palavras, com um *esclarecimento fundamental*, quanto à desnecessidade de retorno dos autos à origem, uma vez que os pagamentos já haveriam sido confirmados pelo despacho decisório recorrido:

“Antes de demonstrar o desacerto do Despacho Decisório impugnado, é necessário registrar, por oportuno, que os pagamentos indevidos objeto do pleito inicial foram devidamente confirmados pela competente autoridade administrativa, como se vê do expediente de folha 52 e dos “Comprovantes de Confirmação de Pagamento” de folhas 52 e 53.

2. Por isso, acaso reconhecida, em tese, a procedência do pedido inicial por ocasião do julgamento da presente Manifestação de Inconformidade, inexistirá óbice ao deferimento integral do requerimento inicial, dada a desnecessidade de se remeter o processo à autoridade local para fins de confirmação dos pagamentos indevidos.”

Na sequência, sustentou que *“por versar o caso concreto sobre tributo sujeito a lançamento por homologação declarado inconstitucional pelo STF, inicia a partir do 5.º (quinto) ano seguinte ao da ocorrência do respectivo fato gerador, ou, pelo menos, a partir do reconhecimento dessa inconstitucionalidade pela Secretaria da Receita Federal, exteriorizado através da IN-SRF 63/97.”* E conclui que *“seja qual a forma de contagem do prazo decadencial que for adotada, o fato é que a recorrente exerceu seu direito antes de terminado o prazo decadencial, eis que protocolado o pedido inicial em 25.07.2002”*, versando, então sobre o Parecer Cosit 58/98, a tese de contagem decenal, e necessidade de correção monetária dos valores.

Com o **acórdão n. 12-19.276**, a **Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I** (E-fls. 1209 ss.) não acolheu o pleito do contribuinte, aplicando-se o prazo decadencial de cinco anos, contados da data do pagamento indevido, e aludindo ao Ato Declaratório SRF n. 96/99.

A Recorrente apresentou **recurso voluntário** (E-fls. 218 ss.), renovando as razões postas em sua manifestação de inconformidade, no intuito de ver homologadas as suas compensações com base na contagem do prazo decadencial de cinco a partir da IN SRF 63/2007, adicionando mais dois pontos. O primeiro deles, um outro esclarecimento fundamental a respeito da data do protocolo do pedido de restituição, que teria ocorrido em 25.07.2012, como se vê do recibo assinado à folha 1 pelo serventuário Samuel da Silveira Cerqueira, e não 30.07.2012, como mencionado pelo acórdão recorrido.

O segundo ponto incluído refere-se à necessidade de exame da questão de fundo por este Conselho, o que não restaria prejudicado pelo o fato de o acórdão recorrido não ter sobre ela se manifestado.

O **acórdão n. 1801-00.166** (E-fls. 246 ss.) deu provimento ao recurso voluntário, entendendo-se que a contagem do prazo decadencial não deveria partir do pagamento indevido, esclarecendo que a data do pedido de restituição seria mesmo 25.07.2012 e entendendo competir à unidade de origem o exame da questão de fundo. Leia-se o voto da Conselheira Ana de Barros Fernandes:

“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 I.:

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. 1. 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 urna 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 exigi-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, equivocou-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”

A Fazenda Nacional então interpôs **recurso especial** (E-fls. 257 ss.) sustentando divergência em relação ao paradigma n. 9303-00.080, para defender que o *dies a quo* para a contagem do prazo para restituição de tributo pago indevidamente seria a data da extinção do crédito tributário (pagamento indevido), acrescentando sua interpretação acerca da IN n. 63, necessidade de lei complementar para tratar de decadência e retroatividade do artigo 3o. da Lei Complementar n. 118/2005. Veja-se um trecho das suas razões:

“De fato, o art. 1o, da aludida Instrução Normativa SRF nº 63, estabeleceu que 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. Já o parágrafo único do mesmo artigo, afirma que 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.

A exegese deste dispositivo não conduz à conclusão de que estaria autorizada a restituição ou compensação do ILL pago a maior a partir de sua publicação. Com efeito, a norma em questão apenas evita que a Administração Tributária promova os atos tendentes à constituição do crédito, à inscrição em dívida ativa da União, bem como o ajuizamento de ações de execução fiscal para a cobrança do ILL, o que levaria ao desperdício de recursos públicos, posto que o próprio STF não mais o considera exigível.

Na verdade, a Instrução Normativa SRF nº 63 simplesmente autorizou as providências a serem adotadas pelo Poder Executivo, no sentido de amoldar-se à declaração de inconstitucionalidade, no tocante aos créditos tributários ainda não definitivamente constituídos.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 146, III, "b", estabelece que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre "prescrição e decadência" tributárias. Dessa forma, o instrumento normativo a ser observado nesta matéria é o Código Tributário Nacional que fixou, indistintamente, o prazo de cinco anos para a decadência/prescrição do direito de pedir restituição do tributo indevido, independentemente da razão ou da situação em que se deu o pagamento. Ora, se o legislador infraconstitucional, a quem compete dispor sobre a matéria, não diferenciou os prazos decadenciais, em função de o pagamento ser indevido por erro na aplicação da norma impositiva ou por inconstitucionalidade desta, ao intérprete é negado fazer tal diferença, por simples exercício de hermenêutica.”

O recurso foi recepcionado por **despacho de admissibilidade** (E-fls. 287ss.) e foram oferecidas **contrarrazões** (E-fls. 301), nas quais se sustentou a inadmissibilidade do recurso especial, uma vez que o acórdão paradigma restaria superado pela jurisprudência da CSRF, e o direito à restituição, se contato o prazo da IN 63/97 ou se considerado o prazo decenal.

Passa-se, assim, à apreciação do recurso.

Voto

Conselheira Daniele Souto Rodrigues Amadio - Relatora

CONHECIMENTO

O conhecimento do Recurso Especial condiciona-se ao preenchimento de requisitos enumerados pelo artigo 67 do Regimento Interno deste Conselho, que exigem analiticamente a demonstração, no prazo regulamentar do recurso de 15 dias, de (1) existência de interpretação divergente dada à legislação tributária por diferentes câmaras, turma de câmaras, turma especial ou a própria CSRF; (2) legislação interpretada de forma divergente; (3) prequestionamento da matéria, com indicação precisa das peças processuais; (4) duas decisões divergentes por matéria, sendo considerados apenas os dois primeiros paradigmas no caso de apresentação de um número maior, descartando-se os demais; (5) pontos específicos dos paradigmas que diverjam daqueles presentes no acórdão recorrido; além da (6) juntada de cópia do inteiro teor dos acórdãos indicados como paradigmas, da publicação em que tenha sido divulgado ou de publicação de até 2 ementas, impressas diretamente do sítio do CARF ou do Diário Oficial da União quando retirados da internet, podendo tais ementas, alternativamente, serem reproduzidas no corpo do recurso, desde que na sua integralidade.

Observa-se que a norma ainda determina a imprestabilidade do acórdão utilizado como paradigma que, na data da admissibilidade do recurso especial, contrarie (1) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (art. 103-A da Constituição Federal); (2) decisão judicial transitada em julgado (arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil; e (3) Súmula ou Resolução do Pleno do CARF.

Voltando-se então ao caso sob exame, verificando-se tratar de pedido de restituição apresentado em 25.07.2002 para a recuperação de valores tributos sujeito a lançamento por homologação entre 1988 e 1992, isto é, data anterior à vigência da Lei Complementar n. 118/2005, considera-se que o recurso que pretende a aplicação do prazo de decadência quinquenal a partir do pagamento indevido contraria o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 566.621, sob a sistemática do artigo 543-B, §3º, do Código de Processo Civil e a Súmula CAR n. 91, respectivamente:

“DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC

118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.”

“Súmula CARF nº 91: Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.”

Por essa razão, considerando-se que devida a aplicação do prazo decenal e que isso afasta a decadência do período posterior a 25.07.1992, VOTA-SE POR CONHECER o recurso especial da Fazenda Nacional, parcialmente, apenas no que antecede essa data.

MÉRITO

Passando-se ao mérito, na parte conhecida do recurso e seguindo igual sentido, aplica-se os mesmos atos normativos citados acima e, portanto, o prazo decenal, para se compreender decaído o direito à restituição dos valores apurados antes de

Processo nº 13707.003135/2002-91
Acórdão n.º **9101-003.257**

CSRF-T1
Fl. 9

25.07.1992, uma vez que o pedido correspondente foi apresentado em 25.07.2002, anteriormente à entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005.

Assim sendo, **vota-se por DAR PROVIMENTO ao Recurso Especial da Fazenda Nacional**, na parcela conhecida, para considerar decaído o período anterior a 25.07.1992.

(assinado digitalmente)

Daniele Souto Rodrigues Amadio