

MINISTERIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo no. 13802-000.956/92-77

Acórdão no. 108-02.155

Sessão de : 22 de agosto de 1995.

RECURSO NO.: 107.350 - IRPJ - EX: DE 1991

RECORRENTE : IRMAOS GASTIGLIONE S.A..

RECORRIDO : DRF EM SAO PAULO (SP)

/vjvc

IRPJ - REPETIÇÃO DE INDEBITO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - Na restituição ou compensação de tributos, os valores pagos indevidamente sujeitam-se à atualização monetária pelos mesmos critérios de que se utiliza o Fisco para cobrança de seus créditos, em respeito ao princípio da isonomia e equilíbrio das partes na relação processual.

RECOLHIMENTO AO FINOR - Falece competência ao Conselho de Contribuintes para apreciar pleito de restituição de valores invertidos, por opção, em Fundos de Investimento, a título de incentivo fiscal.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por IRMAOS GASTIGLIONE S.A.:

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes por maioria de votos, DAR provimento parcial ao recurso, para admitir a atualização monetária do indébito a partir das datas dos recolhimentos a maior, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Sandra Maria Dias Nunes e Manoel Antonio Gadelha Dias, que admitiam a atualização monetária somente a partir da vigência da Lei n 8.383/91.

Sala das Sessões (DF), em 22 de agosto de 1995


MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS - PRESIDENTE


JOSE ANTONIO MINATEL - RELATOR

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

2.

Processo n.º: 13802-000.556/92-77

Acórdão no. 108-02.155

RECURSO DA FAZENDA NACIONAL Nº RP/108-0.067

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO IRVIN DE CARVALHO VIANNA, RICARDO JANCOSKI, RENATA GONÇALVES PANTOJA e LUIZ ALBERTO CAVA MACEIRA. Ausente, justificadamente, o Conselheiro MARIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Recurso nº 107.350

Acórdão nº 108-02.155

Processo nº 13802.000556/92-77

Restituição: TRD

Recorrente: IRMÃOS CASTIGLIONE S.A.

Recorrida : DRF EM SÃO PAULO / LESTE (SP)

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário contra decisão de primeira instância que acolheu, parcialmente, pedido de restituição formulado pela recorrente, relativo ao encargo da TRD aplicado no recolhimento das quotas do IRPJ, Contribuição Social e Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (ILL), referente aos meses de abril, maio e junho de 1.991.

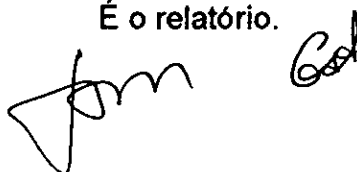
A empresa fundamentou o seu pleito nos artigos 80 e 81 da Lei 8383/91, que autorizaram a compensação do encargo recolhido, pela inaplicabilidade da TRD para atualizar os tributos, no período compreendido entre a data do fato gerador e o respectivo vencimento, e no art. 84 da mesma lei, que facultou o pedido de restituição, como procedimento alternativo à compensação.

Pela decisão de nº 103/93, acostada às fls. 72, a autoridade de primeira instância acatou o pedido para deferi-lo parcialmente, negando restituição das parcelas recolhidas destacadamente ao Fundo de Investimento do Nordeste (FINOR), e atualização monetária sobre o encargo, em pronunciamento assim ementado:

“O favor concedido pelos arts. 80 a 85 da Lei 8383/91 exclui a cláusula do § 3º do art. 66: os encargos da TRD ali contemplados restituem-se por seu valor histórico; aplicações no FINOR não comportam restituição. Pedido deferido em parte.”

Irresignada, deduziu recurso voluntário de fls. 75/78, pleiteando a reforma daquela decisão, para que lhe seja reconhecida a devolução atualizada do que pagou indevidamente a título de tributo, como também sobre os recolhimentos para o FINOR, na forma do cálculo elaborado às fls. 66, no montante de 43.142,10 UFIR.

É o relatório.



Recurso 107.350
Processo nº 13802.000556/92-77

Acórdão nº 108-02.155
Restituição: TRD

V O T O

Conselheiro JOSÉ ANTONIO MINATEL - relator:

O recurso é tempestivo e o art. 3º da Lei 8.748/93 atribuiu competência a este colegiado para julgar os apelos, voluntário e de ofício, nos processos atinentes à restituição de tributos, pelo que dele tomo conhecimento.

Inexistindo dúvidas sobre o efetivo pagamento indevido, já que reconhecido pela própria Lei (Lei 8383/91, arts. 80 e 81), passo ao exame do mérito da controvérsia, que pode ser dividido em dois tópicos: 1) a atualização monetária na repetição de indébito; e 2) a restituição de recolhimentos ao FINOR.


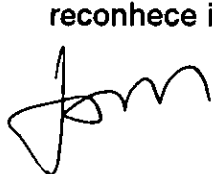
1-) ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO:

De há muito os nossos tribunais vêm decidindo no sentido de se aplicar a atualização monetária, nos processos de restituição de tributos pagos indevidamente, em atendimento ao mandamento maior inserto no ordenamento jurídico, determinando que *"todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir"* (Código Civil - art. 964).

Pela reiteração das decisões nessa diretriz, sobreveio a Súmula nº 46, do extinto Tribunal Federal de Recursos, cujo enunciado, embora abrangente, não deixa dúvidas quanto a necessidade de atualização do indébito tributário. Eis a sua mensagem:

"Nos casos de devolução do depósito efetuado em garantia de instância e de repetição do indébito tributário, a correção monetária é calculada desde a data do depósito ou do pagamento indevido e incide até o efetivo recebimento da importância reclamada."

Em consonância com esse mesmo preceito, também no âmbito tributário, a Lei 5.172/66 (CTN - art. 165) assegura a restituição total do tributo indevido ou maior que o devido, para que se opere a integral desconstituição da regra jurídica que, originariamente, atribuiu dever tributário ao sujeito passivo, que agora se reconhece indevido.



A norma de incidência é regra constitutiva da relação jurídica tributária, sob o pálio da qual foi recolhido o tributo, no caso a variação da TRD. Declarada insubsistente aquela regra e, em conseqüência, reconhecido o pagamento a maior que o devido (arts. 80 e 81 da Lei 8383/91), nasce para o sujeito passivo direito de reaver do sujeito ativo o valor integral daquele excesso, para que se restaure o "statu quo ante". É esclarecedora a lição de GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

"Deve-se admitir, desde logo, que a repetição do tributo indevidamente pago é, antes que tudo, o restabelecimento da ordem jurídica violada pelo simples fato de que a obrigação tributária é obligatio ex legis, tem de ser cumprida como a lei a define, inclusive no que respeita ao montante do crédito dela resultante." (In Caderno De Pesquisas Tributárias nº 8 - Ed. Resenha Tributária)

É de se ressaltar que, para que a restituição seja total, é imperativo que se aplique sobre o indébito a respectiva atualização monetária, mormente num país de inflação descontrolada, sob pena de se mutilar o conteúdo econômico da pretensão, podendo até mesmo, reduzi-la a nada, pela habitual demora da administração tributária, na satisfação de processos dessa natureza.

Curvando-se à torrencial jurisprudência e ao entendimento massacrante da doutrina, houve por bem o legislador em normatizar a forma dessa desconstituição da regra jurídica, nos casos de pagamento indevido de tributos, o que fez através do art. 66, da mesma Lei 8.383/91, assegurando no seu parágrafo 3º que

"a compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR."

O comando dessa regra jurídica deve ser visualizado no contexto de toda a legislação tributária. Não pode ser ele aplicado isoladamente, de forma restritiva, no sentido de só admitir a atualização do crédito do contribuinte, a partir da existência da UFIR (02.01.92), como o fez a IN-SRF nº 67/92, em seu artigo 6º, inciso II, *verbis*:

"II - tratando-se de recolhimento ou pagamento efetuado antes de 1º de janeiro de 1.992, o valor originário do crédito será convertido em quantidade de UFIR, mediante divisão pelo valor desta em 2 de janeiro de 1992, correspondente a Cr\$ 597,06."



Ao definir a UFIR como indexador oficial para atualização do indébito tributário, para fins de compensação ou restituição, não quis o legislador legitimar um índice em detrimento de outro. O papel do legislador foi mais além, ou seja: definiu o critério jurídico, lógico e adequado, que deve imperar na desconstituição da regra de incidência (restituição), qual seja, o mesmo critério de atualização monetária que o Fisco utiliza na cobrança dos seus créditos tributários (UFIR a partir de 1992), em necessário respeito ao princípio constitucional da isonomia, inserto no art. 5º da Magna Carta e igualdade das partes na relação processual, porque, a partir de 1.992, é a UFIR a "*medida de valor e parâmetro de atualização monetária de tributos e de valores expressos em cruzeiros na legislação tributária federal ...*", como diz, textualmente, o artigo 1º da Lei 8.383/91.

Com assento nesta premissa, é forçoso concluir que, adotando o FISCO outro índice para cobrança dos débitos nascidos anteriormente ao ano de 1.992 (ano do aparecimento da UFIR), esse mesmo índice deverá ser utilizado para atualizar os créditos dos sujeitos passivos, decorrentes de pagamentos indevidos. Assim, no período em que esteve em vigor o BTNF, esse mesmo indexador deverá ser utilizado, tanto para atualização dos débitos originados da regra de incidência, como dos créditos da regra desconstitutiva (restituição).

Já no ano calendário de 1.991 - hipótese dos autos -, é pacífico o entendimento deste colegiado no sentido de não admitir a aplicação retroativa da Lei nº 8.218/91 para cobrança dos encargos da TRD, que somente estão sendo admitidos a partir do mês de agosto/91, quando da vigência da referida lei. Essa mesma diretriz deve nortear a atualização dos indébitos, para que se possa exteriorizar o necessário equilíbrio econômico entre as duas pretensões.

Milita a favor dessa conclusão a tese já consagrada na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que a correção monetária nada deve acrescentar ao patrimônio das pessoas, esmerando-se por traduzir, a valor presente, a expressão monetária de idêntico quantitativo do conteúdo original. A sua falta, esta sim, mutila direitos. A sua fixação unilateral afronta o equilíbrio econômico das partes e agride os princípios basilares que devem nortear as relações jurídicas bilaterais.



ACÓRDÃO Nº 108-02.155

Por pertinente, trago à colação o magistério de GERALDO ATALIBA, extraindo o seguinte trecho de suas sábias lições:

"Correção monetária de crédito fiscal deve ser igual à dos direitos do contribuinte. Não pode haver correção para o Fisco e não para o contribuinte. A relação tributária é bilateral. As partes são iguais. Os Índices devem ser os mesmos. É inconstitucional a lei que vedee ao contribuinte correção que deve ao fisco. Se a lei só mencionar o fisco, como beneficiário da correção, não será inconstitucional, mas estender-se-á ao contribuinte, automaticamente. A justificação da indexação está na vedação do enriquecimento ilícito. Ora, este princípio vale para ambas as partes na relação tributária." (Revista de Direito Tributário nº 60, pag. 43)

No mesmo sentido os ensinamentos do consagrado GILBERTO DE ULHÔA CANTO:

"Havendo atualização monetária de crédito tributário em favor da pessoa jurídica de direito público titular da competência impositiva, terá de haver também correção em favor do contribuinte, quando da repetição do indébito, como reconhecido pela jurisprudência tranqüila do Supremo Tribunal Federal, que se baseia no princípio da isonomia, ainda que não haja texto expresso de lei mandando aplicar a correção monetária em tal caso, como há prevendo que ela seja feita quando os créditos tributários não sejam liquidados tempestivamente." (Revista de Direito Tributário nº 60, pag. 50)

Com assento nesses fundamentos, entendo que deve ser reformada a decisão de primeira instância, para admitir a atualização monetária do indébito reconhecido, pelos mesmos índices que utiliza o Fisco para cobrança de seus créditos, ou seja, no caso concreto, pela TRD a partir de agosto/91, quantificando o valor assim atualizado pela primeira UFIR, a partir de 1.992.



2-) RESTITUIÇÃO DE RECOLHIMENTOS AO FINOR:

Nessa matéria, entendo que não assiste razão à recorrente. Com efeito, o recolhimento destacado de parcela a título de incentivo fiscal decorre de mera opção da empresa, liberalidade que afasta o imperativo legal, constituindo-se o valor assim invertido em direito da empresa, classificável no grupo dos investimentos. Destinam-se esses valores à constituição de um Fundo de Investimento, com autonomia na gerência e administração dos próprios recursos, dissociada da administração tributária. Perde, com isso, a feição tributária, por conseguinte, não se lhe aplica a legislação específica que regula a restituição dos tributos.


Assim o sendo, entendo que falece competência a este Conselho para apreciar tal matéria, pela existência de dois obstáculos intransponíveis: primeiro, por faltar natureza tributária ao alegado indébito, devendo ser convocada para desconstituir a relação jurídica a mesma parte que integrou a relação original constitutiva (FINOR); segundo, porque a autoridade eleita para dirimir tal pretensão deve estar revestida de poderes legais de ordenar o cumprimento de sua decisão, pressupostos que escapam à competência desse colegiado.

Neste segundo tópico, pelos fundamentos invocados, não conheço do recurso.

Por todo o exposto, VOTO no sentido de:

- a) DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, para admitir a atualização monetária do indébito do encargo da TRD, recolhido nas cotas do IRPJ, Contribuição Social e I. L. L., referentes aos meses de abril, maio e junho/91, atualização esta que deverá ser efetuada pelos mesmos índices de que se utiliza o Fisco para cobrança de seus créditos, inclusive TRD a partir de agosto/91; e
- b) NÃO CONHECER DO RECURSO, no tocante ao pleito de restituição de valores recolhidos em excesso, ao Fundo de Investimento do Nordeste (FINOR).

Brasília, 22 de agosto de 1995


JOSE ANTONIO MINATEL - relator

Grata