



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA TURMA

Processo nº : 10580.015662/99-68
Recurso nº : RP/102-130936
Matéria : IRPF - PDV - RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 2ª CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sujeito Passivo : THEODOR LIBERT WESTPHALEN
Sessão de : 16 de fevereiro de 2004
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à legalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de 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 partes* em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
 - c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- Recurso conhecido e improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Cândido Rodrigues Neuber e Leila Maria Scherrer Leitão.


EDISON PEREIRA RODRIGUES
PRESIDENTE


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 19 ABR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros. ANTONIO DE FREITAS DUTRA, MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO, VICTOR LUIS DE SALLES FREIRE, REMIS ALMEIDA ESTOL, DORIVAL PADOVAN JOSÉ CARLOS

Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

PASSUELLO, JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, JOSÉ CLÓVIS ALVES, CARLOS ALBERTO GONÇALVES NUNES MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR e MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS. Ausente temporariamente o Conselheiro Celso Alves Feitosa.



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

Recurso nº : RP/102-130936
Recorrente : FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

Em 14 de julho de 1999 formulou o contribuinte pedido de restituição de imposto retido na fonte sobre verba auferida no ano de 1993 em decorrência de adesão a Programa de Desligamento Voluntário instituído pela Xerox do Nordeste S/A (fls. 04).

O pleito foi indeferido pela DRF em Salvador/BA (fls.15/16), tendo o Requerente interposto a Impugnação de fls.17/18, que não logrou provimento pela DRJ em Salvador/BA (fls. 20/24) posto ter considerado decadente o pleito, na forma preconizada no Ato Declaratório 96/99.

Insurgiu-se o sujeito passivo mediante o Recurso Voluntário de fls. 26/34, ao qual a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria, deu provimento (fls. 38/45), estando a ementa do acórdão assim gizada:

"IRPF – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – DECADÊNCIA NÃO OCORRIDA – O direito à restituição do imposto de renda na fonte referente a Programas de Desligamento Voluntário – PDV, deve observar o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 168,I, do Código Tributário Nacional, tendo como termo inicial a publicação do Ato Declaratório SRF nº 03/99.
Recurso provido."

Inconformada, aviou a Fazenda Nacional Recurso Especial (fls. 46/56) com fundamento em violação ao artigo 168, inciso I, do CTN, tendo alegado que:

- os prazos prescricionais e decadenciais são de exclusiva alçada da lei, não se admitindo interpretação não literal;
- o artigo 168, inciso I, do CTN, não faz menção à futura ciência do indébito tributário, eis que se reporta apenas à extinção do crédito tributário, sendo este considerado extinto a partir do pagamento;
- a decisão que reconhece a inconstitucionalidade do tributo tem efeito repristinatório, ou seja, restabelece o *status quo ante*, sem poder, contudo, atingir o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, ou seja, as situações definitivamente constituídas pela decadência tributária, posto que o direito não socorre aos que dormem;
- "Significa isto que qualquer que seja a decisão de inconstitucionalidade (...), **situações definitivamente constituídas não podem ser afastadas pela decisão.** (...) Em outras palavras: a decisão produz efeitos repristinatórios, no que diz respeito à repetição de tributos, apenas nos cinco anos imediatamente anteriores ao seu proferimento, não



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

atingindo as situações definitivamente constituídas pela decadência tributária. (...)” (grifos do autor)

- "Portanto, pode até ser que, sob o ponto de vista Moral, não seja correto revoltar o contribuinte por algo que não possa mais obter por conta da decadência, sobretudo, naqueles casos nos quais não sabia que pagou indevidamente. Mas estamos na seara tributária e, como sobejamente sabido de Vós, não há espaços para aquilatar o que é moralmente correto, **senão o que é legalmente determinado**". (grifos do autor).

O recurso foi admitido (fl.57), tendo o interessado apresentado contra-razões de fls. 60/67 em que sustenta não merecer reparo o acórdão recorrido porque consentâneo com o entendimento de outras Câmaras do Primeiro Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

V O T O

Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 32 do Regimento Interno dessa Câmara, tendo sido interposto por parte legítima e preenchidos os requisitos de admissibilidade, razão porque dele tomo conhecimento.

O litígio versa sobre o início do prazo decadencial para a formalização de pedido de restituição. Esta Egrégia Câmara, no acórdão nº CSRF/01-03.329, pacificou as divergências existentes acerca da matéria, sufragando o entendimento de que no caso de existência de controvérsia sobre a legalidade do tributo o prazo tem início a partir da publicação do ato administrativo que reconheceu o caráter indevido do tributo, não merecendo reforma, portanto, o acórdão vergastado.

Com efeito, a despeito do brilhante Recurso interposto pelo Procurador, cabe enfatizar que a morosidade, especialmente nos casos de ADIn, não deriva de culpa do contribuinte, mas sim do Judiciário que repleto de milhares de processos para julgar -, neste passo evidenciando-se a culpa do próprio Poder Público e mais significativamente do Executivo, - nem sempre consegue oferecer a prestação jurisdicional da forma ideal, ou seja, com agilidade e segurança jurídica a um só tempo.

É justamente em razão da delonga e da impossibilidade de locupletamento pelo Estado - diante da figura do Estado Democrático de Direito e do Princípio da Moralidade, - que se apresenta a única solução passível de gerar segurança jurídica para os Administrados, como brilhantemente já decidiu esta Turma.

O tema é bastante polêmico, oferecendo inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, tudo em razão do fato de que o Código Tributário Nacional, por ser muito antigo, não previu todas as possibilidades de restituição do crédito tributário, dentre estas a atinente à restituição em caso de ser o tributo posteriormente reconhecido como indevido.



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

O artigo 168 do CTN dispõe que o prazo para pleitear a restituição é sempre de 05 anos, diferenciando-se o termo inicial de contagem de acordo com as regras dispostas no artigo 165 do mesmo *codex*, o qual prevê, *in verbis*, as seguintes hipóteses:

"**Art. 165.** O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade de 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 de natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória"

Como se vê, tal dispositivo contém lacunas quanto às hipóteses em que pode haver restituição. O legislador não cuidou da tipificação de todas as situações passíveis de ensejar o direito à restituição de indébito, pelo que cabe à doutrina e jurisprudência realizar interpretação analógica. Isto porque, apesar de estarem listadas no CTN apenas três hipóteses de restituição, **certo é que tendo o pagamento do tributo ocorrido a maior, este valor será sempre devido, nos termos do artigo 964 do Código Civil.** O referido dispositivo prevê que:

"**Art. 964.** Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir".

Consoante lição de Maria Helena Diniz aposta em sua obra *Código Civil*

Anotado:

"O pagamento indevido é uma das formas de enriquecimento ilícito, por decorrer de prestação feita, espontaneamente, por alguém com o intuito de extinguir uma obrigação erroneamente pressuposta, gerando ao accipiens, por imposição legal, o dever de restituir, uma vez estabelecido que a relação obrigacional não existia, tinha cessado de existir ou que o devedor não era o solvens ou que o accipiens não era o credor".



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

Como o CTN é omissivo no que toca ao prazo decadencial quando o caráter indevido do tributo é reconhecido pela Administração, cabe ao intérprete sanar tal lacuna legal, ante a proibição em nosso ordenamento jurídico do enriquecimento sem causa. Se a Lei Civil, que se aplica às relações particulares, prevê que o direito de restituir persiste sempre que houver sido paga obrigação não devida, mais razão há para que à Administração Pública seja aplicado tal dispositivo. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Curso de Direito Administrativo*, págs. 54/55:

"Convém finalmente reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia que não são manejáveis ao sabor da Administração, porque esta jamais dispõe de "poderes", *sic et simpliciter*. **Na verdade o que nela se encontram são "deveres-poderes", como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de "função".**

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. (...)

Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolivelmente atrelados. (...)

Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público —o do corpo social— que tem de agir, fazendo-o na conformidade do *intentio legis*. "

A Administração Pública tem o dever de arrecadar o tributo instituído por Lei e o poder para fazê-lo. Contudo, em sendo reconhecida que a exação não era devida, impende, por outro lado, seja o valor recolhido restituído, sob pena de violação ao direito do cidadão que confia no Estado. Se não há causa para o pagamento, se o contribuinte recolheu aos cofres públicos tributo indevido, tem o Fisco o dever de devolver o valor àquele, sob pena de enriquecimento indevido, repugnado em nosso ordenamento jurídico, conforme lição extraída da obra *Direito Civil*, Vol. II, de Sílvio Rodrigues:

"O pagamento indevido constitui no plano teórico, apenas, um capítulo de assunto mais amplo, que é o enriquecimento sem causa. Este representa um gênero, do qual aquele não passe de espécie.(...)

De fato, além de coibir o enriquecimento injusto quando manifestado através de pagamento indevido (CC, arts. 964 e s.), o Código, em numerosas instâncias, o proíbe, em casos específicos.(...)



O repúdio ao enriquecimento indevido estriba-se no princípio maior da equidade, que não permite o ganho de um, em detrimento do outro, sem uma causa que o justifique."

Premiar o entendimento de que o prazo decadencial de cinco anos deve ter sua contagem iniciada a partir da data de extinção do crédito tributário é pretender que o contribuinte sempre desconfie da regularidade das leis instituidoras de tributo, realizando, desde logo, pedido de restituição. Foi por esta razão que a doutrina e a jurisprudência se ocuparam da tarefa de suprir a lacuna legal do CTN, conforme lição de Ives Gandra da Silva Martins:

"2.4. Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge ao âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, §6º da CF.

Em tais casos, a actio nata ocorre com o reconhecimento do vício por decisão judicial transitada em julgado, pois até então vale a presunção de legitimidade do ato legislativo" (Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, ob. cit., pág. 178)

Este também é o entendimento do Sistema de Tributação, que, por meio do Parecer COSIT nº 58/98, realizou a seguinte abordagem quanto ao tema:

"25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável: que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes da lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos.

26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos "erga omnes", que, conforme já dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição do ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º).

26.1 Quanto à declaração de inconstitucionalidade de lei por meio de ADIN, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data do trânsito em julgado da decisão do STF".

Não se legitima a ausência de prazo para a realização do pedido de restituição, posto que até mesmo para a propositura da ação de *in rem verso*, cabível nos casos



de pagamento indevido, estabelece o Código Civil prazo prescricional. Trata-se, porém, de reconhecer que o direito somente é exercitável a partir do momento em que a exação é reconhecida como indevida.

Diante da lacuna legal, há que se interpretar a situação fática de acordo com a intenção do legislador. O CTN, embora estabelecendo que o prazo seria sempre de cinco anos, diferencia o início de sua contagem conforme a situação que rege, em clara mensagem de que a circunstância material aplicável a cada situação jurídica de que se tratar é que determina o prazo de restituição, que é sempre de cinco anos. Ora, para situações conflituosas, verifica-se que o legislador, no inciso III, do artigo 165 do CTN, **dispôs que o prazo decadencial somente se inicia a partir da decisão condenatória.**

Em inexistindo ação condenatória, mas havendo discussão quanto à legalidade/constitucionalidade da Lei que instituiu o tributo, ou seja, situação conflituosa quanto ao imposto recolhido, **certamente somente a partir do momento em que tal questão é solucionada com efeito *erga omnes* nascerá o direito do contribuinte de receber o que foi pago a maior.**

A hipótese, portanto, embora não prevista legalmente, guarda grande similitude com o disposto no artigo 165, inciso III, do CTN, pelo que, para as situações conflituosas, o prazo do artigo 168 deve ser contado a partir do momento em que o conflito é sanado, seja por meio da edição de Resolução pelo Senado Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da Lei, em conformidade com entendimento do STF exarado em controle difuso; seja por meio de edição de ato administrativo reconhecendo o caráter indevido da cobrança e dispensando-a; seja através de acórdão do STF declarando a inconstitucionalidade em controle concentrado.

Este entendimento foi brilhantemente anotado por ocasião do julgamento do Recurso Voluntário nº 118.858, quando o Ilustre Conselheiro José Antônio Minatel, da 8ª Câmara, asseverou em seu voto que para o início da contagem do prazo decadencial há que se distinguir a forma como se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear restituição tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido. Todavia, se o



Processo nº : 10580.015662/99-68
Acórdão nº : CSRF/01-04.846

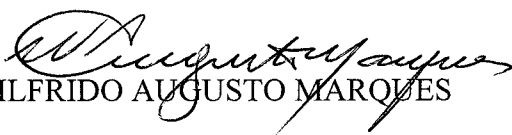
indébito se exterioriza no contexto de solução administrativa conflituosa, o prazo deve iniciar a partir da decisão definitiva da controvérsia.

Admitir entendimento contrário ao acima reproduzido é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que à Administração não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, facultando ao contribuinte apenas o socorro perante ao Poder Judiciário.

ANTE O EXPOSTO, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É o voto.

Sala das Sessões – DF, em 16 de fevereiro de 2004


WILFRIDO AUGUSTO MARQUES