



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Recurso n.º : 138.328
Matéria : IRPJ – Ex(s): 1994
Recorrente : FOTOPLAN CONSELHEIRO MATERIAIS FOTOGRÁFICOS LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 27 de janeiro de 2005
Acórdão n.º : 103-21.840

REPETIÇÃO DE INDÉBITO – São passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo extintivo do direito de pedir.

Recurso negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FOTOPLAN CONSELHEIRO MATERIAIS FOTOGRÁFICOS LTDA.,

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


NILTON PESS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 FEV 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, PAULO JACINTO DO NASCIMENTO e VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE. Ausente justificadamente o Conselheiro ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

Recurso n.º : 138.328
Recorrente : FOTOPLAN CONSELHEIRO MATERIAIS FOTOGRÁFICOS LTDA.

RELATÓRIO

A empresa supra identificada, através do pedidos de fl. 01, protocolado em data de 17 de outubro de 2000, pleiteia a RESTITUIÇÃO de valores recolhidos a maior e indevidos da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – ano base 1993 – exercício 1994.

Cópias de DARFs, são anexados às fls. 11/14.

A Delegacia da Receita Federal de Assuntos Tributários – São Paulo - pela sua Divisão de Orientação e Análise Tributária – EQPIR, emite DESPACHO DECISÓRIO EQPIR/PJ (fls. 19/21), considerando ter ocorrido a decadência do direito à restituição do indébito, não tomando conhecimento do pedido.

Cientificado da decisão, a recorrente apresenta impugnação à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo I, (fls. 23/28) contestando a decadência declarada pela DRF, defendendo a tese de que o prazo para repetir o indébito tributário é de 10 (dez) anos, ou seja, considera-se o prazo decadencial para a Fazenda homologar o lançamento, expressamente ou pelo decurso de cinco (5) anos contados da ocorrência do fato gerador. Extinto o crédito tributário, inicia-se o prazo prescricional que se estende por mais 5 (cinco) anos.

A DRJ em SÃO PAULO/SP I, pela sua 2ª turma, através do Acórdão DRJ/SPOI nº 3.897, de 04 de setembro de 2003, indefere a solicitação, assim ementando:

Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL
Exercício: 1994
Ementa: CSLL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

A recorrente é cientificada da decisão em data de 23/10/2003, conforme consta no AR anexado à folha 53-verso.

Recurso voluntário é protocolado com data de 24/11/2003 (fls. 54/62), que apresento em plenário, basicamente repetindo e complementando os argumentos já antes expendidos.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

VOTO

Conselheiro NILTON PÊSS, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e preenchendo as demais condições de admissibilidade, previstas no Decreto 70.235/72 e no Regimento Interno do Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, dele tomo conhecimento.

Conforme visto no relatório, a recorrente pleiteia a restituição de valores pagos a título CSLL, recolhidos no mês de maio de 1993, através de DARFs, cujas cópias faz anexar.

O Pedido de Restituição (fl. 01), foi protocolado em data de 17 de outubro de 2000.

PAGAMENTO INDEVIDO.

O pagamento indevido se opera quando alguém, pondo-se na condição de sujeito passivo, recolhe uma suposta dívida tributária, espontaneamente ou à vista de cobrança efetuada por quem se apresenta como sujeito ativo.

Na nossa doutrina, encontramos:

"PAGAMENTO INDEVIDO E RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO - ... na restituição (ou repetição) do indébito, não se cuida de tributo, mas de valores recolhidos (indevidamente) a esse título. Alguém (o solvens), falsamente posicionado como sujeito passivo, paga um valor (sob o rótulo de tributo) a outrem (o accipiens), falsamente rotulado de sujeito ativo. Se inexistia obrigação tributária, de igual modo não havia nem sujeito ativo, nem sujeito passivo, nem tributo devido. Porém, a disciplina da matéria fala em "sujeito passivo" (como titular do direito à restituição), em "tributo", em "crédito tributário" etc., reportando-se, como dissemos, ao rótulo falso e não ao conteúdo. O pagamento indevido é chamado de "extinção do crédito tributário" (art. 168, I), quando é obvio que no pagamento indevido, nem há obrigação nem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

crédito. O que pode ter havido é a prática de um ato administrativo irregular de lançamento, seguido de pagamento pelo suposto devedor, ou do pagamento, sem prévio lançamento, por iniciativa exclusiva do suposto sujeito passivo. Nesta última hipótese, nem a prática de ato da autoridade administrativa terá existido e, por isso, não caberia a referência a "crédito tributário" nem mesmo no sentido de entidade "constituída" pelo lançamento, com abstração da obrigação tributária." (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, Ed. Saraiva, 5ª edição, 2000, pgs. 397/398)

O direito à restituição do indébito tributário, encontra fundamento no princípio que veda o locupletamento sem causa, à semelhança do que ocorre no direito privado.

PRAZOS.

A questão a ser aqui estudada, é sobre o termo inicial do prazo para pleitear a restituição dos pagamentos indevidos.

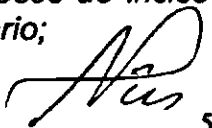
Muito se tem discutido, se o prazo de restituição seria de decadência ou de prescrição. Entretanto, nem a legislação, a doutrina, ou mesmo a jurisprudência, até o momento, conseguiram lançar uma luz definitiva sobre o assunto.

No caso presente, independentemente do que possa vir a ser entendido, se de decadência ou de prescrição, o prazo extintivo para o pleito da restituição, será sempre de 5 (cinco) anos, razão porque não merece agora, maior discussão.

Diz o artigo 168 do Código Tributário Nacional:

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses do inciso I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;


5





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

Por sua vez o art. 165, assim dispõe:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do 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 identificação 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."

Já o artigo 156 do CTN, assim dispõe:

"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

II – a compensação;

III – a transação;

IV – a remissão;

V – a prescrição e a decadência;

VI – a conversão de depósito em renda;

VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII – a consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164;

IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X – a decisão judicial transitada em julgado."

Sendo a CSLL, tributo sujeito ao lançamento por homologação, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, a extinção do direito de repetição se dá cinco



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

anos depois da data da extinção do crédito tributário. A extinção dos créditos tributários nas exações sujeitas a modalidade "homologação", se dá, entre outras possibilidades citadas, principalmente na data do seu pagamento, conforme inciso VII do art. 156 do CTN, conforme definições constantes no § 1º do art. 150, transcrito a seguir:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

No caso presente, tendo o pedido de restituição sido protocolado em data de 17 de outubro de 2000, a contagem do prazo extintivo iniciou-se nos cinco anos anteriores, atingindo os pagamentos cuja restituição foi pleiteado no recurso sob análise.

Verifica-se portanto, que a decisão recorrida de indeferir o pedido de restituição, sob a alegação de o mesmo ter sido protocolado além de 5 anos da data dos pagamentos, atende perfeitamente a legislação em regência, não merecendo receber qualquer reparo.

Ainda com relação às modalidades de extinção do crédito tributário, na nossa doutrina, encontramos:

"O rol do art. 156 não é taxativo. Se a lei pode o mais (que vai até o perdão da dívida tributária) pode também o menos, que é regular outros modos de extinção do dever de pagar tributos. Um exemplo é a dação em pagamento. Outro, que sequer necessita de disciplina específica na legislação tributária, é a confusão, que se dá quando se acumulam (ou se confundem), na mesma pessoa, a condição de credor e devedor da mesma obrigação (CC, art. 1.049). Há, ainda, a novação." (AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, ED. Saraiva, 2ª ed., 1998, pp. 367/368).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

Igualmente a jurisprudência, já abordou o assunto, na mesma linha de pensamento do ilustre tributarista acima citado, de certo modo complementando-a

Entendeu-se que são passíveis de restituição, valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo extintivo de cinco anos, contados a partir da data do ato que reconheça ou conceda ao contribuinte, o efetivo direito de pleitear a restituição ou compensação.

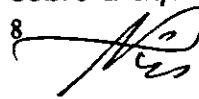

Tratando-se de tributo ou contribuição, exigida por força de lei cuja execução tenha sido suspensa por Resolução do Senado Federal, o termo inicial do prazo de cinco anos, para pleitear a sua restituição ou compensação, é a data da publicação da Resolução, que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF, tendo eficácia *ex tunc* e efeito *erga omnes*.

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes e reiteradas decisões, tem decidido que em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o prazo para repetição do indébito, somente se inicia a partir da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta.

Não se pode penalizar o contribuinte que, acatando a lei, fundado na presunção de constitucionalidade, promova o recolhimento dos gravames nela previstos. Entretanto, uma vez declarada a sua inconstitucionalidade surge, então, para o contribuinte, o direito a repetição, afastada que fica aquela presunção.

Tal entendimento se pode ver do teor do Acórdão ERESP 43502/RS, tendo como relator o Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, assim ementado:

'TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE A AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. Consoante o entendimento fixado pela Egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a

8  



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

lançamento por homologação, na falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados de mais cinco anos, contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame. Embargos de divergência rejeitados.'

No mesmo sentido, igualmente também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgado RE 136.883/RJ, tendo como relator o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENÇE, assim ementado:

'Empréstimo Compulsório (DL 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 121.336, Plen., 11.10.90, Pertence): direito do contribuinte a repetição do indébito independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.'

Os Conselhos de Contribuintes, igualmente vem se pronunciando no mesmo sentido, conforme abaixo exemplificado:

Acórdão nº 108-05.791, de lavra do ilustre professor e tributarista, ex-Conselheiro do Primeiro Conselho de Contribuintes, Dr. JOSÉ ANTÔNIO MINATEL, assim ementado:

'RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN –
O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exteriorize o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela edição de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

Resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.'

No seu voto, assim se manifesta o ilustre ex-Conselheiro:

*"Assim, quando o indébito é exteriorizado em **situação fática não litigiosa**, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.*

*O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de **solução jurídica conflituosa**, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir "da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória" (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida."*

No mesmo sentido, o Acórdão nº 107-05.962, de lavra do ilustre Conselheiro NATANAEL MARTINS, assim ementado:

'Contribuição Social – Exercício de 1989/Período Base de 1988 – Inconstitucionalidade – Restituição – Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e AD SRF nº 96/99 – Decadência – Indeferimento – Improcedência – Cabimento da Restituição – Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos realizados, devendo-se toma-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do Senado federal, que deu efeitos "erga omnes" à declaração de inconstitucionalidade dada pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade.'



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

Por pertinente, transcrevo trecho da Declaração de Voto do Conselheiro SERAFIM FERNANDES CORRÊA, contido no Acórdão 201-74-353:

"No presente caso, a aplicação do entendimento do Parecer, a meu ver, é inquestionável. Isto porque a data do protocolo é 12.03.99.

Ora, em tal data, o entendimento da administração tributária era o do Parecer COSIT 58/98 e que só foi modificado em 30.11.99 com a publicação do AD 96/99. Se debates podem ocorrer em relação à matéria quanto aos pedidos feitos após 30.11.99, parece-me indubitável que os pleitos formalizados até essa data deverão ser solucionados de acordo com o entendimento do citado parecer. Até porque os processos protocolados antes de 30.11.99 e julgados seguiram a orientação do Parecer. Os que embora protocolizados mas que não foram julgados haverão de seguir o mesmo entendimento, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual."

Também já tive a oportunidade de me posicionar sobre o assunto em diversas ocasiões, especificamente nos Acórdãos de nºs 105-13.567 e 105-13.559, onde assim me posicionei:

Acórdão nº 105-13.567, sessão de 26/07.2001:

"TRD - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - Valores pagos a título de Taxa Referencial Diária, referentes ao período de 04 de fevereiro a 29 de julho de 1991, podem ser restituídos ao titular do direito de reclamar a sua restituição ou compensação."

Acórdão n.º.105-13.559, sessão de 25/07/2001:

"TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL/PRESCRICIONAL – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – EXERCÍCIO DE 1989/PERÍODO BASE DE 1988 – 1 - Tratando-se de tributo ou contribuição, exigida por força de lei cuja execução tenha sido suspensa por Resolução do Senado Federal, o termo inicial do prazo de cinco anos, para pleitear a sua restituição ou compensação, é a data da publicação da Resolução. 2 - São passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo extintivo do direito de pedir, contados a partir da data do ato



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º : 10880.015786/00-56
Acórdão n.º : 103-21.840

que reconheça ou conceda ao contribuinte, o efetivo direito de pleitear a restituição."

Entretanto, no caso presente, mesmo que fosse admitido, somente para argumentação, a aplicação da jurisprudência acima mencionada, não caberia razão a contribuinte.

Por tudo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, 27 de janeiro de 2005.


NILTON PÊSS

