



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA TURMA ESPECIAL**

Processo n° 10920.001574/2005-90
Recurso n° 161.053 Voluntário
Matéria IRPJ - EXS.: 1998 a 2001
Acórdão n° 195-0.104
Sessão de 10 de dezembro de 2008
Recorrente CLINICA BONMANN LTDA.
Recorrida 4ª TURMA/DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

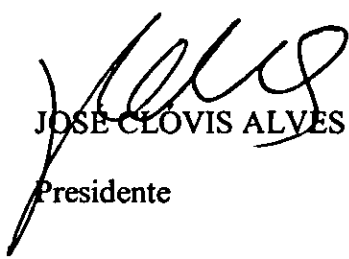
PERÍODO DE APURAÇÃO: 20/01/1997 a 06/01/2000

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido; extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165 I e 168 I da Lei 5172 de 25 de outubro de 1966 (CTN).

CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS - É defeso ao julgador administrativo a apreciação da constitucionalidade das leis postas, matéria reservada ao Poder Judiciário, exceto nos casos estritamente determinados no ordenamento jurídico, conforme as hipóteses elencadas no art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

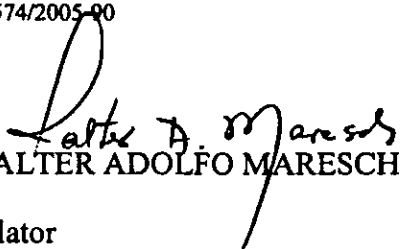
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial 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. Vencido o Conselheiro Luciano Inocência dos Santos.


JOSE CLOVIS ALVES

Presidente




WALTER ADOLFO MARESCH

Relator

Formalizado em: 10 DEZ 2008

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro: BENEDICTO CELSO BENÍCIO JÚNIOR.

Relatório

CLINICA BONMANN LTDA., pessoa jurídica já qualificada nestes autos, inconformada com a decisão proferida pela 4ª Turma da DRJ em FLORIANÓPOLIS-SC, interpõe recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, objetivando a reforma da decisão.

Adoto o relatório da DRJ.

Trata o presente processo de pedido de restituição, protocolizado em 20/05/2005 (fl. 01), por meio do qual a contribuinte acima qualificada intenta a repetição do valor de R\$ 7.217,82, referente a recolhimentos que teriam sido indevidamente efetivados a título de Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica – IRPJ entre 27/02/1997 e 06/01/2000.

Na apreciação do pleito, manifestou-se a Delegacia da Receita Federal em Blumenau/SC pelo seu indeferimento (Despacho Decisório às fls. 154 a 157), fazendo-o com base na assertiva de que o pedido de restituição seria intempestivo, posto que com base no conteúdo do inciso I do artigo 165 e inciso I do artigo 168 do Código Tributário Nacional (CTN), no Ato Declaratório SRF nº 96/1999 e nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, o prazo para restituição do indébito tributário seria de cinco anos, com termo inicial na data do pagamento indevido. Assim, como o pedido de restituição foi protocolizado em 20/05/2005, todos os recolhimentos seriam impassíveis de repetição.

Irresignada com tal indeferimento, encaminhou a contribuinte, por meio de seu procurador – mandato à folha 182 – a manifestação de inconformidade, às folhas 159 a 181, na qual divide suas razões em dois grupos:

(a) no primeiro, expõe seu direito ao crédito, demonstrando as razões pelas quais os recolhimentos objeto do pedido de restituição seriam indevidos. Tais razões não serão aqui minudentemente relatoriadas, em face daquilo que se prolatará no voto deste Acórdão;

(b) no segundo, alega, em síntese, que em razão da “prescrição decenal”, já firmada na jurisprudência, o prazo para repetição do indébito seria de 10 anos, e não de 5 anos como pretende a autoridade fiscal.

Pede ao final, portanto, o provimento do recurso, com a conseqüente reforma da decisão proferida pela DRF/Blumenau/SC.



A 4ª Turma da DRJ FLORIANÓPOLIS-SC, através do acórdão 07-9.767 de 25 de maio de 2007, julgou improcedente a manifestação de inconformidade, ementando assim a decisão:

ASSUNTO: NORMAIS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

Período de apuração: 27/02/1997 a 06/01/2000

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO DECADENCIAL.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo decadencial de cinco anos, contado da data do pagamento indevido.

Solicitação indeferida.

Inconformado o contribuinte apresentou o recurso voluntário de fls. 200 a 224, repisando os argumentos da inicial de que seria detentor de crédito líquido e certo frente à Fazenda Nacional em virtude da atividade exercida e não ter ocorrido ainda a decadência para o pedido de repetição do indébito, aduzindo ainda não haver óbice para que as autoridades julgadoras administrativas afastem a aplicação de leis reconhecidamente inconstitucionais.

É o relatório.

Voto

Conselheiro WALTER ADOLFO MARESCH, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos legais para sua admissibilidade, dele conheço.

Como visto no relatório, a matéria posta em discussão na presente instância trata-se de pedido de restituição de pagamentos indevidos de IRPJ no período de 27/02/1997 a 06/01/2000.

Ampara a recorrente o seu direito à restituição no fato de que exerce atividade médica equiparada ao conceito de serviço hospitalar, fazendo jus ao recolhimento do IRPJ no regime do lucro presumido, à alíquota reduzida de 8%, nos termos do art. 15, § 1º, inciso III, alínea "a" da Lei nº 9.249/95.

Afirma ainda que os valores pleiteados não teriam sido fulminados pela decadência, escorando-se na tese de que a decadência para repetição do indébito prevista no inciso I do artigo 168 do CTN, somente começa a fluir a partir da homologação tácita (tese dos 5 + 5), não havendo óbices para o afastamento por parte do julgador administrativo de leis manifestamente ilegais ou inconstitucionais.

Analisaremos inicialmente a prejudicial de mérito em relação à decadência para pleitear a restituição dos valores tidos como indevidos pela recorrente.

Conforme se depreende do pedido de restituição e seus anexos (fls. 01 e 02), não foi possível ao contribuinte pleitear a restituição através do programa PER/DCOMP pois o

aplicativo não permite o pedido para DARFs recolhidos a mais de 5 anos da data do requerimento.

Conforme planilhas constantes das folhas 50 a 52 o contribuinte pleiteia a restituição de valores indevidamente recolhidos no período de 24/01/1997 a 06/01/2000, tendo formalizado o seu pedido somente em 20/05/2005.

A jurisprudência administrativa tem sido enfática no sentido de não elastecer os prazos para lançamento do crédito tributário ou repetição do indébito preconizados no Código Tributário Nacional, iniciando sempre a contagem quinquenal a partir do fato gerador do tributo no caso do lançamento ou do pagamento indevido para repetição do indébito.

Os fundamentos jurídicos para a não aceitação da denominada tese dos 5 + 5 anos, foi objeto de acurada análise no voto do ilustre conselheiro José Clóvis Alves, no Acórdão 104-144.596 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, o qual peço vênia para aqui transcrever parcialmente:

“Ensina o Professor Eurico Marcos Derzi de Santi, em seu livro *Decadência e Prescrição no Direito Tributário* - 2ª edição-2001 - Max Limonad, pgs. 266/270 - item 10.6.3 onde trata da tese dos dez anos do direito de o contribuinte pleitear a restituição do débito do fisco, os fundamentos jurídicos que impedem prosperar essa tese, os quais peço vênia para transcrições e suporte em minhas razões de decidir.

Neste capítulo ele explica que o judiciário "criou" este novo prazo, tentando fazer justiça, a partir do reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 10, primeira parte, do Decreto 2.288/86, que instituiu o empréstimo compulsório sobre combustíveis. Por isso, criou nova exegese para o inciso I do artigo 168 do CTN, de modo mais favorável à ampliação do prazo para direito a repetição do indébito. A tese foi liderada por Hugo de Brito Machado, então juiz do TRF da 5ª Região.

A nova interpretação trazia como termo inicial não o "pagamento antecipado", mas o instante da homologação tácita ou expressa do pagamento, alegando que a extinção só ocorreria com a posterior homologação do pagamento, nos termos do inciso VII do artigo 156 do CTN, tese retratada pelo Acórdão do STJ:

**RECURSO ESPECIAL N.º 42720-5/RS (94/0039612-0) RELATOR
MINISTRO HUMBERTO GOMES DE MARROS - EMENTA:
TRIBUTÁRIO - EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO - CONSUMO DE
COMBUSTÍVEL - DECADÊNCIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA.**

O tributo arrecadado a título de empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis é daqueles sujeitos a lançamento por homologação. Em não havendo tal homologação, faz-se impossível cogitar em extinção do crédito tributário. A falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao fisco para apuração do tributo devido.

Embargos de divergência em recurso especial n. 42720-5/RS (94/0039612-0) DJU 17/04/1995.



A extinção do crédito tributário, prevista no inciso I do artigo 168, estaria condicionada à homologação tácita ou expressa do pagamento, nos termos do inciso VII do artigo 156 do CTN e não ao pagamento propriamente dito, considerado apenas antecipação, conforme parágrafo 1º do artigo 150 do CTN.

A extinção do crédito tributário ocorre com a homologação tácita, em 5 anos após a ocorrência do fato impositivo, segundo determina o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN. Com a interpretação pretendida, iniciar-se-ia o prazo decadencial a partir desse momento. Com isso, o prazo final seria 10 anos. Uma nova versão na compreensão dos artigos 168, I; 150, parágrafos 1º e 4º e 157 VII do CTN, tese não passível de prosperar segundo o autor, pelos motivos seguintes:

"primeiro porque o pagamento antecipado não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas pagamento efetivo, realizado antes e independentemente de ato de lançamento.

Segundo, porque se interpretou "sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento", de forma equivocada. Mesmo desconsiderando a crítica de ALCIDES JORGE COSTA, para quem "não faz sentido(...), ao cuidar do lançamento por homologação, pôr condição onde inexistente negócio jurídico e portanto, inaplicável ao ato jurídico material" do pagamento, não se pode aceitar condição resolutiva como se fosse necessariamente uma condição suspensiva que retarda o efeito do pagamento para a data da homologação.

A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracteriza a extinção do crédito no âmbito do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora com plena eficácia, o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro de prazos prescricionais.

Se o fundamento jurídico da tese dos 10 anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito de pleitear o débito do Fisco só surgirá ao final do prazo de homologação tácita, de modo que, se o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito para homologação.

Portanto, a data da extinção do crédito tributário, no caso dos tributos sujeitos ao artigo 150 do CTN, deve ser a data efetiva em que o contribuinte recolhe o valor a título de tributo aos cofres públicos e haverá de funcionar, a priori, como dies a quo dos prazos de decadência e de prescrição, do direito do contribuinte. Em suma, o contribuinte goza de cinco anos para pleitear o débito do Fisco e não dez. (Destaca-se)

O prazo de decadência frente ao direito à restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, será observado a partir do artigo 168 do Código Tributário Nacional, que determina:

"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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário.

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.”

Será sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início da sua contagem pelas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, conforme exemplificam, os incisos do art. 165 do CTN:

“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 da 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 bem demonstrou o ilustre conselheiro José Clóvis Alves, a tese dos 10 anos para contagem do prazo para repetição de indébitos para os tributos sujeitos ao regime por homologação, não se coaduna com a lógica do sistema tributário esculpido no Código Tributário Nacional, devendo ser refutada pelo julgador administrativo.

Se dúvidas ainda poderiam existir em relação ao prazo decadencial para a repetição do indébito, com a edição da Lei Complementar nº 118/2005 estas foram afastadas deixando taxativo de que a contagem deve iniciar-se da data do pagamento indevido.

Tampouco socorrem à recorrente as afirmativas de que seria lícito ao julgador administrativo afastar a aplicação de leis manifestamente ilegais ou inconstitucionais, pois é notório que o julgador está jungido ao regime legal vigente, sendo-lhe defeso adentrar na legalidade ou constitucionalidade das leis postas, exceto nos casos estritamente previstos em lei, conforme hipóteses transcritas no art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes: (verbis)

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Diante do exposto, caduco sem sobra de dúvidas o pedido de restituição formalizado em 20/05/2005, que pleiteia pagamentos tidos como indevidos no período 24/01/1997 a 06/01/2000.

Melhor sorte não colhe a recorrente com relação ao mérito da questão.

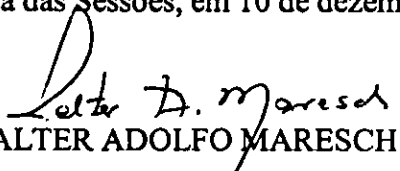
Com efeito, embora afirme reiteradamente de que a atividade exercida deve ser enquadrada do conceito de “serviço hospitalar” a fazer jus à alíquota reduzida de 8% (oito por cento) para a base de cálculo do IRPJ no regime do lucro presumido, nos termos do art. 15 da Lei nº 9.250/95, não trouxe aos autos qualquer prova de suas alegações.

Tampouco apresenta qualquer elemento que possa demonstrar a sua adequação à IN SRF 539/2005 (anterior ao seu pedido de restituição), que deu nova redação ao artigo 27 da IN SRF 480/2004 combatida no arrazoado da contribuinte em seu recurso voluntário, ou considerando-se ainda o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 19, de 07 de dezembro de 2007, que dispõe sobre o conceito de serviço hospitalar, para efeito de recolhimento do Imposto de Renda.

Tendo em vista a prejudicial de mérito em relação a decadência, dispicienda a análise dos argumentos expendidos pela recorrente com vistas ao acolhimento do enquadramento de sua atividade como ‘serviço hospitalar’.

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2008.


WALTER ADOLFO MARESCH

