



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Recurso nº. : 144.598
Matéria : IRPJ - Exercícios de 1992
Recorrente : EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S. A.
Recorrida : DRJ EM CURITIBA – PR - 1ª TURMA
Sessão de : 22 de junho de 2006
Acórdão nº. : 101-95.604

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO. – PRESCRIÇÃO. -
CONTAGEM DO PRAZO. - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO
168 DO CTN - O prazo fixado para pleitear a restituição de
tributos indevidamente pagos é de 5 (cinco) anos, tendo a
distinguir o marco inicial de sua contagem tão-somente a
forma na qual se exterioriza o indébito. Se o crédito exsurge
da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em
situação fática não litigiosa, o prazo tem início a partir da
data do pagamento que se considera indevido. No entanto,
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 resolução do Senado
Federal para expurgar do sistema jurídico 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.

“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.” (Ac. nº CSRF/01-
04.577, de 2003).

Recurso conhecido e provido.

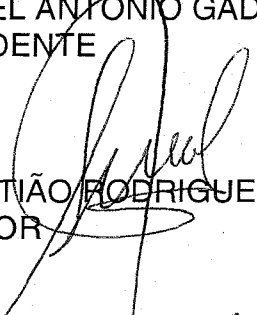
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso
interposto por EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S. A..

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos à DRJ competente para o exame do mérito do pedido, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL
RELATOR

FORMALIZADO EM: 07 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros PAULO ROBERTO CORTEZ, VALMIR SANDRI, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

Recurso nº. : 144.598
Recorrente : EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S. A.

RELATÓRIO

EDITEL LISTAS TELEFÔNICAS S. A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 17.182.056/0001-07, não se conformando com a decisão que lhe foi desfavorável, proferida pela Colenda 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR que, apreciando sua impugnação tempestivamente apresentada, manteve, na íntegra, o conteúdo do DESPACHO DECISÓRIO de fls. 27, recorre a este Conselho na pretensão de reforma da mencionada decisão da turma julgadora de primeiro grau.

Da análise dos autos verifica-se que em data de 14 de novembro de 2001 a recorrente fez protocolizar "PEDIDO DE RESTITUIÇÃO" de fls. 01, capeando a documentação de fls. 02 a 26, o que deu causa à proposta formulada no sentido de que fosse indeferido o pedido formulado, pelas razões expostas nestes termos;

"O pedido, porém, foi protocolado apenas em 14 de novembro de 2001.

Assim, o interessado perdeu o direito de pleitear a restituição, pois esse direito extinguiu-se com o decurso do prazo de cinco anos contados das datas da extinção dos créditos tributários (Lei nº 5.172/66 - Código Tributário Nacional - arts. 165, I, 168, I, e 156 e Ato Declaratório SRF nº 96/99)."

Cientificada do despacho, dentro do prazo a contribuinte ingressou com impugnação constante às fls. 28 a 53, o que deu causa à decisão consubstanciada no Acórdão DRJ/CTA nº 7.289 (fls. 70/76), assim ementado:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1992

Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COMPETÊNCIA. TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS FINANCEIRO.

A fonte pagadora, na qualidade de sujeito passivo responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto, tem competência para formalizar pedido de restituição de ILL, devido exclusivamente na fonte, mas deve comprovar haver assumido o ônus tributário ou estar autorizada pelos que o suportaram.

Solicitação Indeferida.”

Em recurso voluntário encaminhado para este Conselho, protocolizado no dia 02 de dezembro de 2004, dentro do prazo legal, já que o contribuinte foi cientificado da decisão recorrida em data de 16 de novembro daquele mesmo ano (AR fls. 78), sustenta a contribuinte, em síntese:

- i) o pedido de restituição foi indeferido ao fundamento de que já havia se expirado o prazo de cinco anos da data da extinção do crédito tributário, o que implica reconhecer que as decisões proferidas não observaram o entendimento pacífico a nível doutrinário e jurisprudencial, de que o IRRF tem natureza jurídica tributária, sujeito ao lançamento por homologação;
- ii) nessa linha de entendimento, o contribuinte antecipa o pagamento do ILL, ficando sujeito à fiscalização no prazo de cinco anos para homologá-lo ou retificá-lo, nos termos do artigo 150 e seu parágrafo quarto, do CTN;
- iii) o lançamento por homologação nada mais é que o adiantamento do tributo, que estaria quitado a partir da homologação pela autoridade tributária, que não o fazendo no prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, considera-se tacitamente homologado e extinto definitivamente o crédito tributário;
- iv) nos termos do disposto no artigo 168 do CTN, o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição do crédito tributário extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, o que leva à conclusão de que extinto o crédito com a tácita homologação, inicia-se a contagem do prazo prescricional para pleitear a restituição do tributo indevidamente pago;
- v) não só o STJ como também o Conselho de Contribuintes têm decidido nesse sentido, conforme ementas de Acórdãos que transcreve;
- vi) ressalta a ilustre relatora do voto condutor do Aresto recorrido ser indispensável a prova de haver a recorrente assumido o ônus do imposto correspondente a cada acionista ou de estar autorizada a pedir a restituição em face do disposto no artigo 166 do CTN;
- vii) ocorre que é pacífico o entendimento no sentido de que o mencionado comando jurídico é aplicado apenas aos impostos indiretos, o que torna infundada a decisão da Primeira Turma da

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

- DRJ, pois, no caso presente, a interessada está dispensada de provar haver assumido o ônus do tributo;
- viii) na qualidade de Sociedade Anônima, em razão de haver apurado lucro, foi obrigada a recolher o imposto de renda na fonte, incidente sobre o lucro líquido, ainda que não distribuído o mencionado lucro, por força do disposto nos artigos 35 e 36 da Lei nº 7.713, de 1988;
 - ix) infundado, pois, o argumento constante do voto da relatora de que a recorrente não possui legitimidade para compensar com débitos próprios o montante pleiteado sob a alegação de ter assumido o ônus do imposto relativo a cada acionista, pois não ocorreu a distribuição do lucro líquido como estabelecido pela Lei nº 7.713, de 1988;
 - x) ocorre que a exigência contida nos artigos 35 e 36 da Lei nº 7.713, de 1988, é inválida, subvertendo o fato gerador do imposto de renda, pois se o lucro não foi distribuído, não há a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, não incidindo o imposto;
 - xi) o STF tem dado diferente tratamento à matéria aqui discutida, considerados os distintos contribuintes tendo em vista os tipos societários e as cláusulas contratuais, conforme se depreende da ementa do julgado pela Segunda Turma, Recurso Extraordinário nº 173490-6/PR, de que foi relator o Ministro Marco Aurélio;
 - xii) é direito da recorrente a correção monetária do montante indevidamente recolhido, sob pena de se frustrar a restituição pleiteada, cabendo aplicar os índices que reflitam a inflação ocorrida no período;
 - xiii) a todos os valores a serem restituídos cabe incidência dos juros moratórios de que cuida o artigo 39, parágrafo quarto da Lei nº 9.250, de 1995.

É O RELATÓRIO.



V O T O

Conselheiro SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, Relator.

O Recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele, portanto, tomo conhecimento.

A questão aqui tratada na não é nova neste Colegiado, dado que já foi especificamente analisada por todas as suas Câmaras.

O Código Tributário Nacional trata do direito à restituição nestes termos:

“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 artigo 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.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

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 artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;
- II - na hipótese do inciso III do artigo 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.

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.”

A jurisprudência administrativa tem o tema da prescrição do direito de pedir a restituição do indébito tributário por devidamente uniformizado, inclusive pela Colenda Câmara Superior de Recursos Fiscais, como faz certo o Acórdão CSRF/01-04.577, de 10 de junho de 2003, com esta ementa:

“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:

- d) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- e) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- f) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.”

A título de exemplificação da posição adotada no âmbito deste Colegiado, trazemos à colação ementas de Acórdãos que trataram do assunto sob enfoque:

“IRPF - RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO RETIDO NA FONTE INDEDEVIDAMENTE - PRAZO - DECADÊNCIA - OCORRÊNCIA - Nos casos de repetição de indébito de tributos lançados por homologação, o prazo de cinco anos inicia-se a partir da extinção definitiva do crédito tributário. O prazo quinquenal (art. 168 , I, do CTN) para restituição de tributo, começa a fluir a partir da extinção do crédito tributário. Não tendo havido a homologação expressa, o crédito tributário tornou-se definitivamente extinto após cinco anos da ocorrência do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN).

Recurso negado.” (Ac. nº 102-45.155, de 2001).

“IRPJ. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO. PAGAMENTO ESPONTÂNEO A MAIOR. RESTITUIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE. DECADÊNCIA. O direito de se pleitear a restituição ultima-se após o decurso de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário, consoante determinação do art. 168, inciso I, do CTN.

(...).

(Ac.nº 103-20.770, de 2001).

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

“RESTITUIÇÃO - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECLARAÇÃO DE AJUSTE - O direito de pleitear restituição de pagamento indevido, ou a maior que o devido, decai no prazo de cinco anos, contados a partir da extinção do crédito tributário (CTN, arts. 168, I c/c art. 165, I).

Nos lançamentos por homologação, o pagamento antecipado extingue o crédito tributário correspondente, cabendo à autoridade administrativa homologá-lo, expressa ou tacitamente, se considerado exato; ou efetuar lançamento suplementar, se apurada diferença a favor do Fisco (CTN, art. 150 e s/ § 1º).

O recolhimento a maior que o devido se apura na DIRPJ, contando-se o prazo quinquenal a partir da data de entrega da declaração. (Ac. nº 103-21.083, de 2002).

“CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – RESTITUIÇÃO - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do 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. (Art. 168, I, c/c art. 165, I, do CTN).

Recurso não provido.” (Ac. nº 105-13.700, de 2001).

“RESTITUIÇÃO - ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DOS ÍNDICES ESTABELECIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO - INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - A atualização monetária dos valores relativos à repetição do indébito deve ser feita de acordo com os índices aplicados pelo Poder Judiciário, conforme orientação pacífica da jurisprudência, consolidados no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 242, de 03.07.2001, do Conselho da Justiça Federal, devendo se inserir, pois, na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, os expurgos inflacionários nela não contidos.” Acórdão nº 107-06.568, sessão de 19/03/02.

Recurso provido. (Ac. nº 107-06719, de 2002).

“IRPJ e CSL – EXERCÍCIO 1994 – ANO-CALENDÁRIO DE 1993 - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – PRESCRIÇÃO

Tratando-se de crédito tributário advindo de recolhimentos a maior efetuados por iniciativa do contribuinte, tem-se que decorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do encerramento do período base de tributação, opera-se a extinção do direito de pleitear a restituição, nos termos do artigo 168, I, c.c. artigo 165, I, ambos do CTN.

Recurso negado. (Ac. nº 107-06410, de 2001).

“IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE LUCRO LÍQUIDO - Face a Resolução nº 82, de 18/11/96, do Senado Federal que

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

suspendeu, parcialmente, a execução do artigo 35 da Lei nº 7.713/88 e com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97, foram cancelados os lançamentos relativos a imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido para as sociedades anônimas.

Recurso voluntário provido.” (Ac. nº 101-91.852, de 1998).

“CSLL - EXERCÍCIO 1996 - ANO-CALENDÁRIO DE 1995 - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - DECADÊNCIA - Tratando-se de crédito tributário advindo de recolhimentos a maior efetuados por iniciativa do contribuinte, tem-se que decorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do encerramento do período base de tributação, opera-se a extinção do direito de pleitear a restituição, nos termos do artigo 168, I, c.c. artigo 165, I, ambos do CTN. (Ac. nº 107-06444, de 2001).

A Insigne Conselheira Sandra Maria Faroni, no Acórdão nº 101-96.697, de 16 de setembro de 2004, unanimemente aprovado, preleciona que o direito à restituição de indébito está assentado em dois pressupostos, quais sejam: (i) que tenha ocorrido pagamento, seja originário de cobrança ou espontaneamente pago; ou (ii) que o do indébito seja indevido.

Do mesmo voto constam ensinamentos a propósito da tese defendida pela recorrente sobre o prazo de prescrição começar a ser contado a partir da data em que ocorrer a homologação tácita:

“O fato, alegado pela decisão recorrida, de a presunção de constitucionalidade das leis não infirmar ou tornar defeso ao contribuinte reclamar, junto ao Poder Judiciário, aquilo o que considera ser justo ou de seu direito não pode ser fundamento para condicionar o pedido de restituição ao prévio ajuizamento de ação judicial. O artigo 165 do Código Tributário reza que o direito à restituição do tributo indevido **independe de prévio protesto**.

Não se desconhece que, recentemente, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), alterando a jurisprudência anterior, decidiu que o direito de pleitear a restituição, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação e que tenham sido declarados inconstitucionais, prescreve em cinco anos contados da data em que se considera homologado o lançamento (tese dos “cinco mais cinco” que predomina no STJ).

Essa tese, com a devida vênia dos que a acolhem, contém duas falhas. A primeira, pelas razões que já expus, é correr contra o cidadão um prazo prescricional quando ele ainda não pode exercer seu direito. A segunda é dar à condição resolutória efeitos de condição suspensiva, elevando o prazo para até 10 anos.

A correta interpretação, a meu ver, é aquela que vem sendo dada pelo Conselho de Contribuintes, traduzida na ementa do Acórdão nº 108-05.791, de 13 de julho de 1999.

Processo nº. : 10980.008207/2001-89
Acórdão nº. : 101-95.604

“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 exterioriza 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 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.”

Assim, em situações normais, ocorrendo a homologação tácita, o termo inicial para o prazo de cinco anos para pleitear a restituição é a data do pagamento. Nas demais situações, tal como sintetizado na ementa do Acórdão CSRF/01-04.577, de 10 de junho de 2003, será: (a) a data da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; (b) a data da publicação Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; (c) a data da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.”

Diante do exposto, direciono meu voto no sentido de que seja dado provimento ao recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo, já que o pedido de restituição foi protocolizado em data de 14 de novembro de 2001, a Resolução de nº 82, do Senado Federal, restou publicada em data de 18 de novembro de 1996, portanto dentro do prazo prescricional, devolvendo-se os presentes autos à repartição de origem, para apreciação do pedido de fls.01.

Brasília - DF, 22 de junho de 2006.

SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL

