



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº. : 11610.005845/2001-19
Recurso nº. : 136.342
Matéria: : IRPJ – EXS: DE 1991 a 1993
Recorrente : CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Recorrida : 5 ª Turma/DRJ em São Paulo-I.
Sessão de : 16 de setembro de 2004.
Acórdão nº. : 101- 94.697

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 constitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

Recurso provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso voluntário interposto por CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.

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

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

SANDRA MAIA FARONI
RELATORA

FORMALIZADO EM: 26 OUT 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros VALMIR SANDRI, SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, CAIO MARCOS CÂNDIDO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº. : 11610.005845/2001-19
Acórdão nº. : 101- 94.697

Recurso nº. : 136.342
Recorrente : CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA

R E L A T Ó R I O

Carrefour Comércio e Indústria Ltda recorre da decisão da 5ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo-I, que indeferiu pedido de reconhecimento de direito creditório do contribuinte de valores recolhidos por ele e por empresas posteriormente incorporadas, no período entre **30/04/1991 a 31/05/1993**, a título de imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido – ILL, conforme cópias de DARF às fls. 05, 45 a 47, 164/165, 246 a 249, 298 a 301, e 334 a 340, todos com fulcro no art. 35 da Lei n.º 7.713/1988, parcialmente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, e cuja execução foi suspensa, no tocante à expressão “o acionista” contida no precitado dispositivo, pela Resolução do Senado Federal n.º 82, de 1996.

Os argumentos desenvolvidos pela interessada em seu favor são, em síntese, que:

- os pedidos de restituição e compensação foram protocolizados antes de decorridos cinco anos da publicação da Instrução Normativa n.º 63, em 25/07/1997, e antes mesmo de passados cinco anos da publicação da Resolução n.º 82/1996 do Senado Federal, publicada em 19/11/1996 e republicada em 22/11/1996;
- o pedido de restituição/compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ILL foi protocolizado em 21 de novembro de 2001, portanto, antes de decorridos dez anos dos fatos geradores relativos ao período de apuração de 1991;
- é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o prazo para ser pleiteada a restituição do indébito tributário no caso de tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, na falta de expressa homologação, é de dez anos, contados da ocorrência do fato gerador;
- é também pacífico o entendimento do STJ, que, ademais, vem sendo reiteradamente seguido pelo Conselho de Contribuintes, no sentido de ser iniciada a contagem do prazo de cinco anos para pleitear a restituição do

Processo nº. : 11610.005845/2001-19
Acórdão nº. : 101- 94.697

indébito tributário na data da publicação do acórdão do STF que declara inconstitucional a cobrança do tributo (no caso do controle direto), ou, na data da publicação da Resolução do Senado Federal que suspenda a lei declarada inconstitucional (na hipótese de controle de constitucionalidade pela via difusa) e, ainda, no caso de Ato Administrativo que declare ser indevida a exigência tributária; e isso independentemente do período em que os valores foram indevidamente recolhidos.

Conforme Acórdão DRJ SPOI 3.153 , de 14 de abril de 2003, a 5^a Turma de Julgamento rejeitou a manifestação de inconformidade da interessada quanto ao indeferimento do seu pedido de restituição pelo Delegado da Receita Federal, ao fundamento de que o crédito, objeto do pedido de restituição protocolizado em 21/11/2000 (fl. 01), refere-se a recolhimentos de ILL efetuados no período entre 30/04/1991 e 31/05/1993, pelo que já estava decaído o direito de o contribuinte solicitar a restituição pleiteada.

É a seguinte a ementa do Acórdão recorrido:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

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.

Solicitação Indeferida

Em seu recurso à presente instância, a interessada reedita as razões já declinadas.

É o relatório.

W

GD

V O T O

Conselheiro SANDRA MARIA FARONI, Relatora

O recurso é tempestivo e independe de garantia por versar sobre pedido de reconhecimento de direito creditório. Dele conheço.

Ponderou, a decisão recorrida, que a questão em análise cuida da extinção do prazo para pleitear a restituição de indébito e antecede, inclusive, ao eventual mérito, quanto ao exame do pleito, sob o aspecto da constitucionalidade, ou não, da norma que amparava a exação hostilizada. Outrossim, o AD SRF n.º 96/1999, a teor do Parecer PGFN/CAT n.º 1.538/1999, é cristalino ao dispor que, 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, 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 de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Consta, da decisão, a seguinte argumentação:

“20. Demais disso, apenas à guisa de esclarecimento, é bem de ver que, se a declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de revogar o princípio constitucional da segurança jurídica, sobre o qual assenta-se o instituto da decadência, nem de afastar a legislação de regência aplicável, indistintamente, aos casos de repetição do indébito tributário contemplados pelo inciso I do citado art. 168, não há de ser, certamente, a resolução do Senado que deva fazê-lo, porquanto o ato senatorial apenas exclui do ordenamento jurídico a norma discrepante com a Carta Magna, ainda que de forma retroativa, porém não cria nova lei ou direito novo, mas tão-somente confere efeito *erga omnes* à suspensão da vigência da norma eivada de inconstitucionalidade.

21. É bem de ver que a presunção de constitucionalidade das leis não infirma ou torna defeso ao contribuinte reclamar aquilo o que considera ser justo ou de seu direito junto ao poder judiciário. O próprio Código Tributário Nacional contempla esta possibilidade como ensejadora da extinção do crédito tributário, consoante o disposto no inciso X do art. 156. Todavia, o caso em tela não se subsume no precitado dispositivo, nem tampouco, conforme já assinalado, está albergado na hipótese prevista no inciso II, do art. 168 do mesmo diploma legal. Em suma, o contribuinte nem mesmo está investido da condição de credor que,

ao cabo de um processo judicial de conhecimento, e anteriormente à execução do direito reconhecido judicialmente, amolda-se aos requisitos estatuídos pela, então vigente, IN SRF n.º 21/1997, com as alterações introduzidas pela IN SRF n.º 73/1997, e reiterados pelo art. 37 da IN SRF n.º 210/2002, no sentido de materializar o seu crédito diretamente junto à Administração Pública, sem que, com isso, precise alinhar-se ao trâmite dos precatórios.

22. Faz-se mister acrescentar que os prazos relativos à decadência, bem assim a sua forma de contagem, já estão legalmente estatuídos e não cogitam, necessariamente, de quando o direito pleiteado torna-se conhecido. Corolário do princípio constitucional da segurança jurídica, o termo inicial de contagem do prazo, findo o qual operam-se os efeitos decorrentes do instituto da decadência, já se encontra fixado na própria lei e, portanto, prescinde de hermenêutica integradora, sobretudo, quando tal prática colide com o dispositivo legal já existente e em plena vigência, como é o caso do art. 168, inciso I, do CTN, plenamente aplicável à espécie.”

No âmbito da jurisprudência administrativa, o tema da prescrição do direito de pedir a restituição do indébito tributário encontra-se uniformizado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, a exemplo do Acórdão CSRF/01-04.577, de 10 de junho de 2003, assim ementado:

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 decisão recorrida faz referência ao princípio da segurança jurídica. Sobre esse aspecto, de se ver que a segurança jurídica está assegurada pelo prazo (de cinco anos) fixado na lei. Reclama, a segurança jurídica, que a possibilidade de reclamar um direito não seja imprescritível. Assim, nascendo o direito, seu sujeito tem o prazo (no caso, de cinco anos) para reclamá-lo. Findo esse prazo, não morre o direito, mas morre a possibilidade de reclamá-lo. Portanto, a segurança jurídica está assegurada pelo termo final, mas o termo inicial há que ter como pressuposto o nascimento do direito. Não se pode pleitear um direito que não nasceu.

O Código Tributário Nacional assim trata do direito à restituição:

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 hipótese 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.

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.

O direito à restituição tem dois pressupostos: (1) que tenha ocorrido o pagamento, cobrado ou pago espontaneamente; (2) que o valor pago seja indevido.

Ora, enquanto não houve a Resolução do Senado Federal retirando do mundo jurídico a norma declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o tributo não era indevido e, portanto, não nascera o direito à sua repetição.

Fere a lógica do direito admitir que esteja correndo contra o cidadão um prazo para exercer um direito que ainda não nasceu. Não pode, assim, ser considerada, como termo inicial, a data da extinção do crédito pelo pagamento.

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 vénia 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.

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.

Processo nº. : 11610.005845/2001-19
Acórdão nº. : 101- 94.697

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 constitucionalidade de tributo; (c) a data da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

No presente caso, uma vez que a Resolução n.º 82/1996 do Senado Federal, que retirou do mundo jurídico a norma guerreada, foi publicada em 19/11/1996 e republicada em 22/11/1996, o prazo para pleitear o direito à restituição iniciou em 23 de novembro de 1996, terminando em 22 de novembro de 2001, sexta feira. A se considerar a publicação da Instrução Normativa n.º 63, em 25/07/1997, o prazo se iniciou em 28 de julho de 1997 (segunda feira) e terminou em 29 de julho de 2002, segunda feira.

Considerando que o pedido foi protocolizado em 21 de novembro de 2001, não ocorrerá a prescrição do direito do contribuinte de pleitear a restituição.

Pelas razões declinadas, dou provimento ao recurso para reconhecer a não ocorrência da prescrição e determinar o retorno dos autos à origem para apreciação do mérito.

Sala das Sessões, DF, em 16 de setembro de 2004


SANDRA MARIA FARONI

