



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

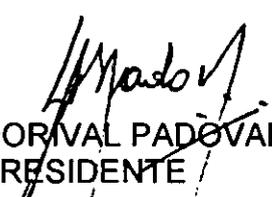
Processo nº. : 11610.009108/2002-76
Recurso nº. : 133.538
Matéria : IRF - Ano(s): 1990 a 1993
Recorrente : TICKET SERVIÇOS S.A.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP I
Sessão de : 15 DE MAIO DE 2002
Acórdão nº. : 106-13.347

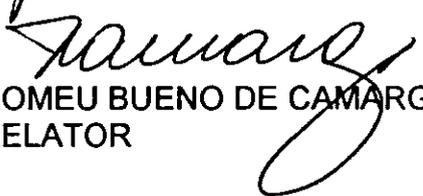
IRRF - ILL - DECADÊNCIA - O direito do contribuinte de pleitear restituição de tributo pago a maior ou indevidamente, somente se extingue com o decurso do prazo de cinco anos contados da data em que um ato legal reconhece esse direito.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TICKET SERVIÇOS S.A.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir da recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à repartição de origem para análise do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


ROMEUBUENO DE CAMARGO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 SET 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, THAISA JANSEN PEREIRA, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, LUIZ ANTONIO DE PAULA, EDISON CARLOS FERNANDES e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

Recurso nº. : 133.538
Recorrente : TICKET SERVIÇOS S.A.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação de crédito tributário decorrente de recolhimento de Imposto de Renda incidente sobre o lucro líquido, não conhecido pela Secretaria da Receita Federal DIORT DA DERAT/SP sob o argumento de ter ocorrido a decadência, sendo que o contribuinte apresentou impugnação perante a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo com base nos seguintes argumentos:

Que é pacífico o entendimento do Conselho de Contribuintes, que em inúmeras oportunidades, decidiu que se deve entender "**como termo inicial para a contagem do prazo decadencial, a data da publicação do ato normativo da Secretaria da Receita Federal, que reconhece a inconstitucionalidade de tributo, reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal.**", e que tal entendimento mais recentemente foi abraçado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, última instância no âmbito do contencioso administrativo.

A decisão recorrida indeferiu a solicitação, também sob a alegação de decadência, posto que o direito do contribuinte extinguiu-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde reitera suas razões de impugnação.

É o Relatório.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

VOTO

Conselheiro ROMEU BUENO DE CAMARGO, Relator

Trata o presente caso de pedido de restituição de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, que foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento sob o argumento que já teria se operado a decadência.

Para que se analise com precisão a possibilidade da ocorrência da decadência, deve ser considerado o que dispõe o Código Tributário Nacional sobre a matéria.

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

Ainda tratando do direito de restituição do contribuinte, o Artigo 168 do mencionado Código prevê:

4

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

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.

Da leitura dos dispositivos legais acima transcritos, verifica-se quais as situações previstas pelo legislador que autorizam o fisco a promover a restituição total ou parcial de tributo.

Todo pagamento ocorrido a maior ou indevidamente deve ser devolvido, previsão esta também contemplada no Art. 964 do Código Civil.

Nesse sentido, torna-se clara a conclusão de que afigura-se possível a pretensão do Recorrente, uma vez que os autos demonstram que houve o pagamento indevido de um tributo.

É de ser considerado indevido tal pagamento em decorrência da constatação, pelo Poder Judiciário, que a norma legal que exigia o Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido era inconstitucional.

Portanto, até à data do pronunciamento do Poder Judiciário era exigível aquele imposto, haja visto existir previsão legal expressa (Lei nº 7.713/88), com presunção de constitucionalidade.

Dessa forma, o que era uma obrigação do contribuinte passou a ser um direito reconhecido judicialmente, ou seja a partir da edição da Resolução do Senado Federal, Decreto nº 2.346/97, que suspendeu a eficácia da norma que exigia o pagamento do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, o contribuinte adquiriu aquele

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

direito previsto no Artigo 165 do Código Tributário Nacional, qual seja, o direito à restituição do tributo pago indevidamente.

Além disso, a própria Receita Federal reconheceu esse direito do Contribuinte e editou a Instrução Normativa SRF n.º 63, de 24 de julho de 1997, reconhecendo o caráter indevido da exação tributária.

Isto posto, é forçoso concluir que somente a partir do reconhecimento da ilegitimidade dos lançamentos é que se torna possível ao contribuinte pleitear a restituição das quantias pagas indevidamente, sendo certo também que a contagem do prazo decadencial somente poderá a ser computada a partir do momento em que o contribuinte adquiriu o direito à restituição.

Na hipótese de imposto pago a maior, como a extinção do crédito tributário se dá apenas após a homologação pelo fisco, o contribuinte passa a ter direito à sua restituição a partir desse momento, quando também se inicia a contagem do prazo decadencial

Por outro lado, como acima frisado o contribuinte também adquire o direito a uma eventual restituição nos casos em que um ato legal assim determina, no caso em análise, as verbas discutidas foram reconhecidas como inconstitucionais, quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal dos dispositivos do artigo 35 da lei n.º 7.713/88, sendo certo que após o reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência, o Senado Federal fez publicar a Resolução n.º 82 em 18/11/96, e a Receita Federal editou a Instrução Normativa 63/97, de forma que somente a partir de então é que começa a fluir o prazo decadencial.

O ilustre Prof. Alberto Xavier, em sua obra **Do Lançamento – Teoria Geral do Procedimento e do Processo Tributário**, ao tratar desse assunto nos ensina:

A

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

Devemos, no entanto, deixar aqui consignada a nossa opinião favorável à contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento da declaração de inconstitucionalidade, a partir da data dessa declaração. A declaração de inconstitucionalidade é, na verdade, um fato inovador na ordem jurídica, suprimindo desta, por invalidade, uma norma que até então vigorava com força de lei. Precisamente porque gozava de presunção de validade constitucional a tinha, portanto, força de lei, os pagamentos efetuados à sombra de sua vigência foram pagamentos "devidos". O caráter "indevido" dos pagamentos efetuados só foi revelado "a posteriori" com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de então puderam os cidadãos ter reconhecimento do fato novo que revelou seu direito à restituição. A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado de Direito, como consequência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988. Não poderia este prazo ter sido considerado à época da publicação do Código Tributário <nacional, quando tal ação, com eficácia "erga omnes" não existia. A legitimidade do novo prazo não pode ser posta em causa, pois a sua fonte não é a interpretação extensiva ou analógica de norma infra constitucional, mas a própria Constituição, posto tratar de consequência lógica e da própria figura da ação direta de inconstitucionalidade.

Esse entendimento tem se mostrado comum entre os doutrinadores e grandes juristas, como também é o caso da posição do prof. Ives Gandra da Silva Martins que entende que *"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.*

No mesmo sentido tem se posicionado o Poder Judiciário com se constata da decisão do STJ. *A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (Resp nº 69.233/RN, Rel. Min. Pádua Ribeiro; Resp nº75.006, Rel. Min. Pádua Ribeiro).

Nossa Corte Suprema já decidiu no mesmo sentido quando na ADI 1434-0, o Ministro Celso de Mello se pronunciou **“(..)** **A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre retroage ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade ab initio). É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica.”**

A própria Administração Pública comunga desse entendimento, conforme se depreende do Parecer Cosit nº 58/98 *verbis*

“ 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”.

Portanto da mesma forma como em vários casos a própria administração pública ao reconhecer certa exação indevida, fixa o prazo para restituição a partir da publicação do ato administrativo, como por exemplo os casos do

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

reconhecimento de que as verbas decorrente de Programas de Demissão Voluntária não são tributáveis, o mesmo entendimento deve ser admitido para os casos referentes às declarações de inconstitucionalidades.

Esse já é também o entendimento consolidado do Primeiro Conselho de Contribuintes, estampado nos seguintes julgados: Acórdãos 106-11221, 106-11261, 202-10.882.

Dessa forma, não pode proceder o entendimento da ilustre autoridade julgadora de primeira instância e também do respeitável Procurador da Fazenda Nacional relativamente à ocorrência do instituto da decadência.

Equivoca-se o ilustre Procurador ao afirmar sobre a localização disjuntiva do lançamento e da decadência, pois realmente o lançamento serve para constituir o crédito, contudo a decadência não serve para evitar o pagamento indevido, pois mesmo sendo indevida a exação, pode ocorrer o pagamento, portanto serve para que se limite a pretensão do fisco de efetuar um lançamento, bem como para que seja possível se alcançar a fim de um litígio, pela inércia de uma das partes.

É indiscutível que trata-se aqui de inconstitucionalidade declarada através de ação direta, que o Sr. Procurador quer admitir não foi respeitado o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, afirmando que certas situações não podem ser alcançadas pela decisão que reconheceu a inconstitucionalidade da exigência do Imposto de Renda Sobre o Lucro Líquido.

Declarada a inconstitucionalidade da lei é que surge, para o contribuinte, o direito à restituição, posto que uma vez afastada a presunção temos reconhecido que o ato jurídico não era perfeito.

Nesse sentido, uma vez não caracterizada a ocorrência da decadência, amparada pelos argumentos doutrinários e pelas decisões do STJ e do STF, como

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

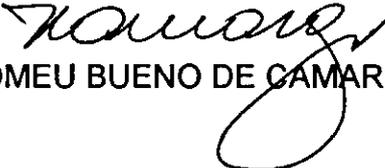
Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-13.347

também do Primeiro Conselho de Contribuinte acima transcritos, que contrapõem os argumentos da decisão recorrida e principalmente do D. Procurador da Fazenda Nacional, necessário se faz a apreciação do mérito da matéria colocada em questão.

Ocorre que, ao declarar extinto o direito do contribuinte de pleitear a devolução sob a alegação de ter ocorrido a decadência, tanto a Delegacia da Receita Federal como o julgador de primeira instância não analisaram o mérito do pedido do Recorrente, de forma a contrariar os princípios legais vigentes, fazendo-se necessária, portanto, a manifestação de referidas autoridades no que diz respeito ao mérito do presente litígio fiscal.

Isto posto, considerando que o Recurso foi apresentado dentro do prazo legal e em respeito às normas legais, dele tomo conhecimento para determinar sua devolução para a DRF competente a fim de que seja analisado o mérito do pedido do Recorrente.

Sala das Sessões - DF, em 15 de maio de 2003.


ROMEU BUENO DE CAMARGO