

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13857.000453/99-59
Recurso nº : 127.655
Matéria : IRPJ - EXS.: 1991 e 1992
Recorrente : FRANCISCO GIRALDI & FILHOS LTDA.
Recorrida : DRJ em CAMPINAS/SP
Sessão de : 06 DE DEZEMBRO DE 2001
Acórdão nº : 105-13.692

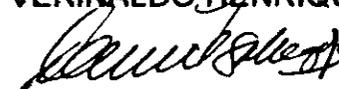
IRPJ - RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE IMPOSTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - O prazo para pleitear restituição ou compensação administrativa de imposto declarado inconstitucional pelo E. S.T.F. tem sua contagem inicial na data da publicação da Resolução do Senado Federal que declarou inexistente o dispositivo vulnerado.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FRANCISCO GIRALDI & FILHOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para reconhecer o direito à restituição, devendo o processo retornar à repartição de origem, para que se prossiga no julgamento do feito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA - PRESIDENTE


DANIEL SAHAGOFF - RELATOR

FORMALIZADO EM: 28 JAN 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIZ GONZAGA MEDEIROS NOBREGA, ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO, ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA, MARIA AMÉLIA FRAGA FERREIRA, NILTON PÉSS e JOSÉ CARLOS PASSUELLO.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

2

Processo nº : 13857.000453/99-59

Acórdão nº : 105-13.692

Recurso nº : 127.655

Recorrente : FRANCISCO GIRALDI & FILHOS LTDA.

RELATÓRIO

FRANCISCO GIRALDI & FILHOS LTDA., inscrita no CNPJ sob nº 44.507.002/0001-47 solicitou, em 30 de novembro de 1999, a restituição de valores que havia pago relativamente aos períodos-base encerrados em 31/12/89, 31/12/90, 31/12/91 e 31/12/92, a título de imposto retido na fonte, de acordo com art. 35 da Lei 7713/88, ao depois declarado inconstitucional.

Posteriormente, em 28/12/99, pediu que tal restituição fosse compensada com débitos de IRPJ que arrolou a fls. 14.

A DRF em Jundiaí – SP, indeferiu o pedido, sob os seguintes fundamentos:

1º - Que não cabe ao julgador administrativo apreciar matéria que, no mérito, trate de inconstitucionalidade.

2º - Que o art. 168, inciso I, do C.T.N. determina que o direito de pleitear a restituição extingue-se no prazo de 5 anos, a contar da data de extinção do crédito tributário, o mesmo dispendo o A.D. SRF 096/99, no inciso I.

Irresignada, a empresa recorreu à DRJ em Campinas – SP, alegando:

1º - Que a decisão definitiva do S.T.F. que julgou inconstitucional o art. 35 da Lei 7713/88 motivou o Congresso Nacional a expedir a Resolução nº 82/96 do Senado, publicada no D.O.U. de 22/11/96, que excluiu o citado artigo do ordenamento jurídico do País.

2º - Que, pela IN nº 63 de 24/7/97, a S.R.F. vedou a constituição de créditos relativa ao IRF de que trata o retro-citado artigo nas sociedades anônimas e nas demais sociedades, desde que o contrato social não preveja a disponibilidade imediata



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

3

Processo nº : 13857.000453/99-59
Acórdão nº : 105-13.692

econômica ou jurídica, na data de encerramento do período-base, ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

3º - Que a Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97 determinou a devolução aos contribuintes dos recolhimentos indevidos, acrescidos da correção monetária.

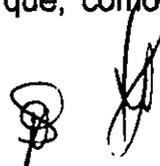
4º - Que o Parecer COSIT nº 58 de 27/10/98 dispõe que as autoridades administrativas podem autorizar a devolução do tributo que foi declarado inconstitucional pelo STF apenas após a publicação da Resolução do Senado que suspende a execução da lei, ou, excepcionalmente, em momento anterior, desde que seja editada lei ou ato específico da S.R.F. que estenda os efeitos da inconstitucionalidade "erga omnes".

5º - Que o Parecer COSIT 58 de 27/10/1998 admitiu expressamente que o prazo para obter a devolução do imposto pago posteriormente à declaração de inconstitucionalidade do mesmo, é de 5 anos, a contar da data da Resolução do Senado.

6º - Que existem inúmeros julgados no sentido de que o prazo para repetir é de 5 anos contados da data da Resolução do Senado que expungiu o dispositivo constitucional da legislação, tais como: Acórdão nº 104-16684 (D.O.U. de 19/2/99), Acórdão nº 203-04.998 (D.O.U. de 17/6/99), Acórdão nº 108-05.791 (D.O.U. 27/10/99), além de outros constantes da impugnação de fls. 22 e seguintes:

7º Que o dispositivo do inciso I do art. 168 do C.T.N. se refere a tributos **constitucionais**, não sendo o caso dos tributos julgados inconstitucionais pelo S.T.F., pois, tributo inconstitucional não é imposto, é apenas dívida de quem fez a cobrança ilegal para com o contribuinte.

A DRJ em Campinas-SP, também indeferiu o pedido, sob o fundamento de que deferi-lo corresponderia a reconhecer administrativamente a inconstitucionalidade da lei, o que é vedado pelo PN CST nº 329/70, até porque, como a decisão administrativa



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

4

Processo nº : 13857.000453/99-59
Acórdão nº : 105-13.692

favorável ao sujeito passivo pode por fim à lide, estar-se-ia subtraindo funções do Poder Judiciário.

Quanto ao mérito, declara que o julgador administrativo da primeira instância tem sua liberdade de convicção restrita aos entendimentos normativos do Sr. Ministro do Estado da Fazenda e do Sr. Secretário da Receita Federal e que este último, através do Ato Declaratório nº 096/99 dispôs que o prazo para repetir o indébito nos casos em que o pagamento foi feito em virtude da lei posteriormente declarada inconstitucional pelo S.T.F. extingue-se após 5 anos contados da extinção do crédito tributário.

Quanto aos julgados deste Conselho citados pela interessada, diz o Julgador Singular que os mesmos não se constituem em normas complementares da legislação tributária e observa, por último, que o AD nº 96 de 1999 revogou o Parecer COSIT nº 58 de 1998, por ser aquele posterior a este, além de, hierarquicamente, superior.

Não se conformando, a contribuinte recorreu a este Conselho, estribando seu recurso no Parecer COSIT 58/98, além de citar várias decisões deste Conselho em abono de sua tese.

Assevera, mais, que a matéria de fato e de direito em que se fundamenta o Ato Declaratório S.R.F. 96/99 é insustentável por defeito de motivo e objeto, afrontando os princípios de publicidade, da igualdade, da legalidade e da moralidade, bem como o primado que impede o enriquecimento sem causa.

Insiste a interessada que o prazo deva contar-se da publicação da Resolução do Senado Federal.

Ao comentar, item, por item, a decisão da DRJ, afirma a empresa que as restituições de indébito em caso de tributo inconstitucional (que, tecnicamente, não é tributo) não estão compreendidas no disposto nos arts. 165 e 168 do C.T.N. que só aplicar-se-iam aos pagamentos indevidos provocados pelo próprio contribuinte, que não é o caso em tela.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

5

Processo nº : 13857.000453/99-59

Acórdão nº : 105-13.692

Conclue por solicitar a nulidade da decisão da DRJ em Campinas e o reconhecimento de seu direito creditório em montante indicado na planilha existente no início dos autos.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long vertical stroke, positioned to the right of the text "É o Relatório."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

6

Processo nº : 13857.000453/99-59
Acórdão nº : 105-13.692

VOTO

Conselheiro DANIEL SAHAGOFF, Relator

O recurso é tempestivo e dele conheço, desnecessário o depósito recursal.

O Ato Declaratório nº 96 de 26/11/99, invocado na decisão monocrática como justificativa para considerar extemporâneo o pleito de restituição aplicou a regra geral dos arts. 165 – I e 168-I a todas as hipóteses de restituição de indébito, inclusive para o pagamento efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo S.T.F., o que foge ao espírito e à letra da legislação.

De fato, à hipótese em tela, há que se aplicar o disposto no inciso III do Art. 165 do mesmo Código, combinado com o inciso II do art. 168.

Se assim não fosse, estaria o Tesouro se locupletando indevidamente de valores que lhe foram pagos sem nenhum amparo legal e estariam os contribuintes sem nenhum remédio para reaver, na esfera administrativa, o pagamento ilegal.

De fato, se considerarmos o tempo médio para que o S.T.F. vulnere, definitivamente, como inconstitucional, um determinado dispositivo e mais o prazo para que o Senado edite Resolução considerando o mesmo não existente e tomando a decisão válida "erga omnes", teríamos, muitas vezes, um interregno maior que cinco anos entre o pagamento sem causa e a possibilidade de reavê-lo.

Saliente-se que, nestes autos, não se discute a inconstitucionalidade do dispositivo sobre ILL – essa foi reconhecida e o dispositivo foi expungido da legislação pátria pelo Senado Federal, razão pelo qual os argumentos dos itens 6,7,8,9 e 10 da r. decisão "a quo" são incabíveis.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

7

Processo nº : 13857.000453/99-59
Acórdão nº : 105-13.692

Deve este Conselho decidir conforme a Lei e, se houver conflito entre a legislação e sua interpretação dada por pareceres, instruções e atos, a solução será sempre pelo disposto na Lei.

É evidente que a interessada só pode pleitear, administrativamente, a restituição do pagamento sem causa após a publicação da Resolução do Senado e, portanto, é dessa data que se há de contar o prazo prescricional (ou decadencial, como querem alguns doutrinadores).

O direito de pleitear a restituição nasce com a Resolução do Senado (ou com Ato da S.R.F. ou lei que estenda "erga omnes" decisão do E. S.T.F.) e é desse nascimento que se há de contar os cinco anos.

"A lare" observamos que há quem distinga se o prazo é decadencial ou prescricional conforme a via escolhida pelo contribuinte: pleiteada a restituição administrativamente, o prazo seria decadencial; se judicialmente, o prazo seria de prescrição.

Acresce que, no caso de autolancamento (art. 150 do C.T.N.) a jurisprudência dominante no E. S.T.J. tem entendido que o prazo prescricional para a repetição ou pedido de compensação tem seu "dies a quo" imediatamente após a homologação (expressa) pelo Fisco ou, passado a quinquênio a partir do fato gerador reservado ao Fisco para essa providência (homologação ficta). Isto porque a extinção do crédito tributário ocorre não no momento do pagamento antecipado, mas sim com a homologação, expressa ou tácita. No caso de homologação tácita, não é correto considerar o prazo como decenal, de vez que os primeiros cinco anos marcam prazo decadencial para o Fisco (art. 150, § 4º do C.T.N.), seguidos de outro quinquênio prescricional para o contribuinte.

Entendo, porém, que, no caso em tela, não se aplica o art. 150 do C.T.N., mas sim o 165, inciso III, combinado com o 168, inciso II.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

8

Processo nº : 13857.000453/99-59

Acórdão nº : 105-13.692

Acompanho, destarte, a jurisprudência dominante neste Conselho, consubstanciada nos Ac. nº 104-16.684 (D.O.U. de 19/2/99); Ac. nº 203-04.998 (D.O.U. de 17/6/99); Ac. nº 108-05.791 (D.O.U. de 27/10/99).

Também nessa linha a decisão do E. S.T.J, 2ª Turma, Agravo Regimental nº Ag In 172896/RJ, D.J.U. de 6/4/98, pg. 94, bem como a do T.R.F. da 2ª Região na Apelação Cível nº 98.02.12503-2/RJ, publicada no D.J.U. de 17/11/98, pg. 146.

Face ao exposto, DOU PROVIMENTO ao recurso, apenas para considerar como feito dentro do prazo legal o pleito do contribuinte, eis que a contagem do quinquênio se inicia com a publicação da Resolução do Senado nº 82/96 (D.O.U. de 22/11/96) e o pleito foi feito em 30/11/99, devendo a repartição de origem verificar a exatidão dos valores cuja compensação foi pleiteada e, se corretos, autorizar a mesma com os acréscimos legais.

Sala das Sessões – DF em, 06 de dezembro de 2001.


DANIEL SAHAGOFF
