

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

Sessão de 21 de março de 1995

ACÓRDÃO Nº 104-12.216

Recurso nº 03.742 - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Exercício de 1989 - Restituição

Recorrente: MÓVEIS ARTESSOL LTDA

Recorrida: DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM JOINVILLE - SC

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Exercício de 1989 - Face o julgamento do Supremo Tribunal Federal que acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 7.689, de 15/12/88, por ferido o princípio da anterioridade consagrado na Constituição Federal, inexistente base legal para a cobrança da Contribuição Social no exercício de 1989, período-base de 1988.

RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO - PAGAMENTO INDEVIDO - Acolhida a tese de inconstitucionalidade da cobrança da Contribuição Social no exercício de 1989, período-base de 1988, caracteriza pagamento indevido previsto no art. 165 do CTN, razão pela qual pode a repetição de indébito tributário ser pleiteado pelo sujeito passivo, cuja devolução se fará devidamente atualizada pela legislação em vigor.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **MÓVEIS ARTESSOL LTDA.**

ACORDAM os membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para deferir o pedido de restituição da contribuição, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Sala das Sessões (DF), em 21 de março de 1995


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO

- PRESIDENTE


NELSON MALLMANN

- RELATOR


ANTÔNIO DE MOURA BORGES

- PROCURADOR DA FAZENDA
NACIONAL

VISTO EM
SESSÃO DE: 27 ABR 1995

RECURSO DA FAZENDA NACIONAL. NÃO HOUVE

Participaram, ainda, do presente julgamento os seguintes Conselheiros: Evandro Pedro Pinto, Carlos Walberto Chaves Rosas, Sergio Murilo Marelo (suplente convocado) e Remis Almeida Estol. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Miguel Rendy.

PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

RECORRENTE : MÓVEIS ARTESSOL LTDA

RELATÓRIO

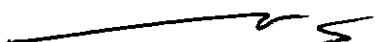
MÓVEIS ARTESSOL LTDA , contribuinte inscrito no CGC /MF 86.051.349/0001-78, com sede na cidade de São Bento do Sul, Estado de Santa Catarina, à Rodovia SC 301, nº 7077, jurisdicionado à DRF em Joinville, SC, inconformado com a decisão de primeiro grau, recorre a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 12/13.

A recorrente apresentou, em 28/03/94, pedido de restituição da Contribuição Social calculada sobre o lucro apurado no ano-base de 1988, que teria sido recolhida indevidamente, em razão da declaração de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 8º da Lei nº 7.689/88.

A decisão de primeiro grau às fls. 09/10, conclui que o pedido de compensação é improcedente, baseado, em síntese, nas seguintes fundamentações:

- que o reconhecimento do direito à restituição exige o preenchimento do pressuposto de recolhimento indevido ou a maior que o devido em face da legislação em vigor;

- que em primeiro lugar, não caberia correção monetária a partir do alegado pagamento indevido, pois a atualização monetária de valores a restituir somente foi instituída pela Lei nº 8.383/91, vigorando a partir de janeiro de 1992, com base na variação da UFIR. A



PROCESSO Nº 13978.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

decisão da 1ª Vara da Justiça Federal em Joinville, anexada pelo interessado, que estabelece a correção monetária em repetição do indébito, por se tratar de Recurso Especial de uma particular, aplica-se tão somente às partes envolvidas naquele processo judicial, não se estendendo a terceiros;

- que além disso, o art. 52, inciso X, da Constituição, preceitua que cabe ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, lei declarada Inconstitucional em decisão definitiva do STF. Como inexistente ato do Senado Federal com relação à legislação questionada, a mesma continua em plena vigência.

A ementa da decisão da autoridade de 1º grau, que consubstancia o Indeferimento do direito creditório pretendido é a seguinte:

"RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

É incabível o direito creditório pleiteado em relação a Contribuição Social paga sobre o lucro apurado no ano-base 1988, devido à ausência de pagamento indevido ou maior que o devido.

PEDIDO INDEFERIDO."

Ciente da decisão de primeiro grau, em 14/06/94, conforme Termo de Intimação constante à folha 11, a recorrente apresentou a sua peça recursal, fls. 12/13, tempestivamente, em 14/07/94, onde sustenta a mesma linha de defesa apresentada na peça inicial do pedido de restituição.

É o relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

- 4 -

PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

V O T O

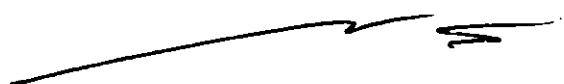
Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator:

O recurso é tempestivo e preenche as demais formalidades legais, dele tomo conhecimento.

Discute-se nos presentes autos a existência ou não do direito a restituição da Contribuição Social calculada sobre o lucro apurado no ano-base de 1988.

A suplicante é pessoa jurídica contribuinte do imposto de renda pelo lucro real, tendo apurado lucro contábil em seu balanço encerrado em 31/12/88, que corresponde ao ano-base de 1988.

Com o advento da Medida Provisória nº 22, posteriormente transformada na Lei nº 7.689, de 15/12/88, a suplicante ficou obrigada ao recolhimento de 8% (oito por cento) sobre a base de cálculo do Imposto de renda devido na declaração referente ao período-base de 1988, a título de Contribuição Social, devendo tais recolhimentos serem efetuados em até 6 (seis) parcelas mensais, com vencimento no último dia útil de cada mês, vencendo-se a primeira no dia 28/04/89.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Em decorrência disso, encontrava-se sujeita à Contribuição Social instituída pela Lei nº 7.689, de 15/12/88.

Todavia, frente à inconstitucionalidade desta exação, que desatendeu aos preceitos constitucionais que estabelecem os requisitos específicos para sua instituição, insurge-se a suplicante contra tal pagamento.

A figura da Contribuição Social foi criada com fulcro no artigo 195, inciso I da Constituição Federal de 05/10/88, que dispõe:

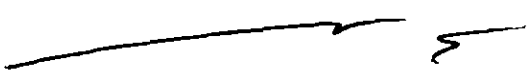
"Art. 195 - A seguridade Social será financiada por toda a Sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da Lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro."

Todavia, a incidência da Contribuição Social calculada sobre o lucro apurado no ano-base de 1988, é de todo inconstitucional, em decorrência do disposto no parágrafo 6º desse mesmo artigo 195 da Constituição Federal, verbis:

"As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b"."

Muito embora a exceção prevista na parte final desse dispositivo constitucional, há que se reconhecer que a vigência da Lei nº 7.689/88 iniciou após o encerramento do ano-base de 1988, e, portanto, não pode atingir fatos pretéritos, como previsto no art. 150, inc. III, "a" da Constituição Federal, que dispõe.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

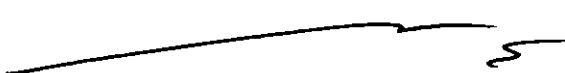
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;"

Essa inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal com base no princípio consagrado no art. 195 parágrafo 6º da Constituição Federal, conforme decisão prolatada no Processo nº 135.003-2, "verbis":

"EMENTA - Contribuição Social sobre o lucro (L. 7.689/88): constitucionalidade de sua instituição, fundada no art. 195, I, CF; inconstitucionalidade, porém, de sua exigência sobre o lucro apurado em 31/12/88, à vista do art. 195, parágrafo 6º, da Constituição (STF, RREE 146.733 e 138.284)." (Diário da Justiça da União, de 02/04/93, nº 63).

Diante disto, os julgadores singulares da Justiça Federal, vêm decidindo sistematicamente pela condenação da União à restituição dos valores pagos indevidamente em relação ao exercício de 1989 - ano-base de 1988, como se depreende da decisão que segue:

"... EX POSITIS, e considerando tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, O PEDIDO, a fim de, reconhecida incidenter tantum a inconstitucionalidade do artigo 8º, da Lei nº 7.689/88 e do artigo 2º da Lei nº 7.856/89, condenar a União a restituir à autora o montante referente à Contribuição Social sobre o lucro recolhida no exercício de 1989, ano-base de 1988...."



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Declarada pelo Supremo Tribunal Federal - seja em Ação Direta seja incidentalmente em qualquer outro processo - a inconstitucionalidade de Lei, tal declaração passa imediatamente a ter validade para todos os cidadãos, por se tratar de decisão final, irrecorrível e imutável.

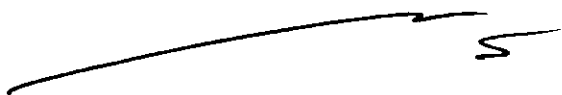
Não existe a possibilidade de o artigo 8º da Lei 7.689/88 ser inconstitucional para determinado contribuinte e ser constitucional para qualquer outro cidadão brasileiro.

Já não há mais como se manter tal ônus para o contribuinte, primeiro porque a Corte Máxima já se pronunciou pela inconstitucionalidade da Contribuição Social ano-base de 1988 e, de outro lado o próprio Conselho de Contribuintes já vem acolhendo a tese exposta pelo STF, por razões de economia processual, da qual cito algumas decisões:

"Acórdão nº 101-84-84.717, Sessão de 28/01/94
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Exercício de 1989 - Face o julgamento do Supremo Tribunal Federal que acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 7.689, de 15/12/88, por ferido o princípio da anterioridade consagrado na Constituição Federal, inexistente base legal para a cobrança da Contribuição no exercício de 1989, período-base de 1988.

Acórdão nº 101-84.725 - Sessão de 28/01/93

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PROCEDIMENTO DECORRENTE - Tendo em vista o disposto no artigo 150, inciso III, da Constituição Federal, a Contribuição Social instituída pela Lei nº 7.689, de 15/12/88, não incide sobre os resultados apurados em 31 de dezembro de 1988, uma vez que mencionada lei só entrou em vigor após ocorrido o fato gerador da obrigação tributária.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Acórdão nº 101-84.733 - Sessão de 28/01/93

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - Tendo em vista que a Lei nº 7.689/88 foi publicada no Diário Oficial em 16 de dezembro de 1988, a Contribuição Social não pode ser exigida no Exercício de 1989, face ao estatuído no parágrafo 6º do artigo 195 da Constituição Federal de 1988."

Do exposto, observa-se que não só na esfera judicial foi acolhida a tese de inconstitucionalidade da cobrança da Contribuição Social sobre o lucro líquido apurado em 31/12/88, mas também já na própria esfera administrativa, o que, inclusive, redundava em economia processual, pois evita o recurso dos contribuintes ao Judiciário para haver seus direitos.

O despacho proferido pelo ilustre presidente do Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, publicado no Diário da Justiça da União de 12 de novembro de 1993, dispensa qualquer comentário a respeito da vinculabilidade das decisões terminativas do Colendo Supremo Tribunal Federal "in verbis":

"Por outro lado, embora em nosso sistema jurídico a jurisprudência não obrigue além dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, sem vincular os Tribunais inferiores aos julgamentos dos Tribunais Superiores, em casos semelhantes ou análogos, os precedentes desempenham, nos Tribunais ou na Administração, papel de significativo relevo no desenvolvimento do Direito. É usual, apesar de desobrigados, os juízes orientarem suas decisões pelo pronunciamento reiterado e uniforme dos Tribunais Superiores. A própria Administração Federal, através do seu órgão próprio - a antiga Consultoria Geral da República -, tem reafirmado ao longo dos tempos o posicionamento de que a orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito."

PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Conquanto a decisão do STF não tenha efeitos "erga omnes", ela é definitiva, porque exprime o entendimento do Guardião Maior da Constituição.

Oportuno se faz transcrever o ensinamento lapidar de LEOPOLDO CÉSAR DE MIRANDA LIMA FILHO, Consultor- Geral da República, no período de 20/10/60 a 06/02/61, recomendando não prosseguisse o Poder Executivo "a vogar contra a torrente de decisões judiciais" - Parecer C-15, de 13/12/63:

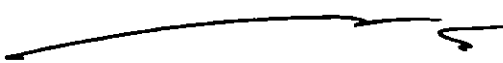
"O precedente não obriga a decisão igual, mas apenas a insinua; não impõe a sua observância em casos análogos ou semelhantes se evidente a sua desconformidade com a lei. Ao aplicador da lei, administrador ou juiz, corre o dever de catar-lhe respeito, que não às decisões proferidas em hipóteses iguais non exemplis sed legibus judicandum est.

Sem dúvida, os precedentes, administrativos ou judiciários, devem-se ter em conta, como subsídio prestimoso, no exame de casos semelhantes, merecendo considerados os argumentos, os raciocínios que deram na conclusão que expressam ou sintetizam. Não se hão de desprezar sem razões sérias, meditadas. Ainda que reiterados, constantes, devem considerar-se, sim, mas não obedecer-se cegamente, e menos ver-se com força de obrigar, de afastar a variação criteriosa e fundamentada da orientação que espelham. Se expressam errônea compreensão da lei, forçoso será abandoná-los para lhe restabelecer o império.

Não dão, à mente que emprestam à lei, o condão de infalibilidade, o selo de irrecorribilidade.

.....

O Poder Judiciário não decide sobre as conseqüências ou efeitos possíveis de uma lei considerada em abstrato, mas exclusivamente em face do caso individual levantado ao



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

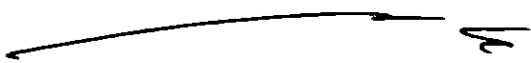
seu exame. Declara a lei entre as partes; aplica-se no caso concreto, definido. Daí que os preceitos estabelecidos no julgado se circunscrevem aos litigantes para os quais a sentença "terá força de lei nos limites das questões decididas" (art. 287 do Código de Processo Civil).

A decisão judicial em dado pleito, portanto, ainda que do Pretório Máximo, não obriga a Administração além do seu exato cumprimento em relação àquele ou àqueles que o suscitaram. Apesar dela, quando chamada a decidir hipóteses iguais, em que outros os interessados, livre será de permitir na orientação adotada, em que pede a opinião contrária do Poder Judiciário.

Ante um ou alguns raros julgados, salvo se convencida do acerto, da excelência dos seus fundamentos, a lhe recomendarem adote a orientação judicial, abandonando a que esposaram até então, razão inexistirá para ceder a Administração no sentido que emprestou à lei, passando a perfilhar, ao decidir casos iguais, o que lhe deu o Poder Judiciário. Muito ao contrário, deve insistir no seu ponto de vista, recorrendo, inclusive, aos meios que lhe propiciam as leis para tentar fazê-lo vitorioso nos tribunais.

Se, entanto, através de sucessivos julgamentos, uniformes, sem variação de fundo, tomados à unanimidade ou por significativa maioria, expressam os Tribunais a firmeza de seu entendimento relativamente a determinado ponto de direito, recomendável será não renita a Administração, em hipóteses iguais, em manter a sua posição, adversando a jurisprudência solidamente firmada.

Teimar a Administração em aberta oposição a norma jurisprudencial firmemente estabelecida, consciente de que seus atos sofrerão reforma, no ponto, por parte do Poder Judiciário, não lhe renderá mérito, mas desprestígio, por sem dúvida. Fazê-lo será alimentar ou acrescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à Justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento da realização do interesse coletivo".



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou, em caráter definitivo, a legislação vigente sobre a matéria de que aqui se trata, de modo que, adotar a decisão antes referida, não caracteriza a extensão dos efeitos da mesma contrários à orientação estabelecida pela administração a que se refere o art. 1º do Decreto nº 73.529/74. Adotar a decisão do STF, significa, apenas, interpretar a lei na conformidade da interpretação dada pelo mais alto tribunal do País.

Superada a questão da não existência de base legal para manter a exigência da cobrança da Contribuição Social relativo ao ano-base de 1988, resta, ainda, analisar sob o ponto de vista da possibilidade de compensação ou restituição. Entendo que é uma questão pacífica e perfeitamente viável com amparo na legislação.

Diz a Lei nº 8.383/91:

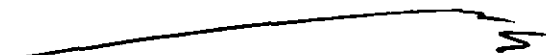
"Art. 66 - Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes.

Parágrafo 1º - A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

Parágrafo 2º - É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

Parágrafo 3º - A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR."

A a IN nº 67, de 26/05/92, que dispõe sobre a compensação de recolhimento ou pagamento indevido ou a maior, de tributos e contribuições federais administrados pelo Departamento da Receita Federal, diz:



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.218

"Art. 1º - A partir de 1º de janeiro de 1992, os contribuintes pessoas físicas e jurídicas, com direito à restituição de tributos e contribuições federais por recolhimento ou pagamento indevido ou a maior, poderão compensar esses valores no recolhimento ou pagamento de tributos e contribuições apurados em períodos subseqüentes, nos termos desta Instrução Normativa, falcutada a opção pelo pedido de restituição em processo específico.

Parágrafo 1º - Entende-se por recolhimento ou pagamento indevido ou a maior aquele proveniente de:

1 - cobrança ou pagamento espontâneo de tributos e contribuições federais, quando efetuados por erro, ou em duplicidade, ou sem que haja débito a liquidar, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

.....

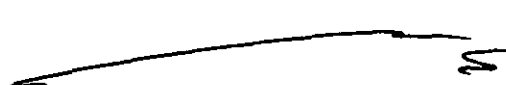
Art. 3º - Dependerá de solicitação à unidade da Receita Federal jurisdicionante do domicílio fiscal do contribuinte, cabendo à projeção local do Sistema de Arrecadação analisar a procedência do pedido e realizar os procedimentos necessários, quando a compensação referir-se aos seguintes casos:

I - se o vencimento do débito objeto da compensação ocorreu antes de 1º de janeiro de 1992;

II - se o débito ou crédito, ou ambos, tiveram origem em processo fiscal;

III - se o crédito resultar de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Parágrafo único. O pedido de compensação previsto neste artigo deverá descrever os fatos que deram origem e será instruído com os elementos que comprovem o crédito e identifiquem o débito a ser compensado.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Art. 4º - A compensação será realizada pelo valor expresso em quantidade de UFIR, e entre códigos da receita relativos a um mesmo tributo ou contribuição.

.....

Art. 7º - O valor do débito a ser compensado será convertido em quantidade de UFIR, obedecendo-se ao seguinte:

.....

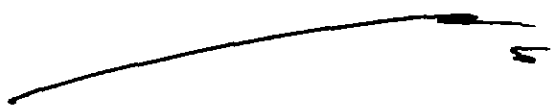
II - tratando-se de débito vencido antes de 1º de janeiro de 1992, far-se-á, inicialmente, a sua consolidação em 02 de janeiro de 1992. O montante assim apurado será convertido em quantidade de UFIR, mediante divisão pelo valor desta em 02 de janeiro de 1992, correspondente a Cr\$ 597,06."

Da exegese do consignado nas normas transcritas se conclui que:

- dá-se, assim, à compensação no direito tributário, o mesmo tratamento que lhe dispensa o direito civil;

- o contribuinte poderá agora, utilizando o mecanismo da compensação, alcançar de modo prático e eficiente, a repetição da exação por ele paga, no todo ou em parte, indevidamente;

- é um ato prático, por ser realizável pelo próprio contribuinte ao efetuar pagamentos de débitos fiscais, correspondentes a períodos subseqüentes ao do indébito e eficiente por alcançar dessa forma, sem se envolver com a burocracia do fisco e aliviando o Judiciário e as repartições, os mesmos resultados de Ação de Repetição de Indébito;



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

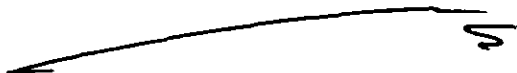
- não se trata de direito à compensação de forma ampla, como previsto no Código Tributário Nacional, pois desse direito estão excluídos os créditos relacionados a tributos de espécie diversa;

- não obstante faculte a Lei ao contribuinte a opção pelo pedido de restituição do que pagou indevidamente, em regra geral, ninguém optará por este caminho, pois a compensação, na hipótese legalmente autorizada, faz-se automaticamente, sem demora alguma e será feita pelo valor do imposto, ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR;

- mesmo quando o crédito é resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte pode fazer a compensação, evitando a execução de julgado decorrente da Ação de Repetição de Indébito, que pelo precatório e diante da inflação, é modo iníquo de ressarcimento.

A própria Coordenação do Sistema de Tributação, já tinha se manifestado sobre a aplicabilidade do art. 165 do Código Tributário Nacional (CTN), em caso semelhante, quando analisou o pedido de restituição apresentado após ter o contribuinte efetuado o pagamento do crédito tributário exigido em procedimento "ex officio" e deixando de oferecer impugnação ou recurso tempestivos. - "Assunto: Crédito Tributário - Pagamento Indevido - Restituição de tributo. Ementa: A repetição do indébito tributário pode ser pleiteado pelo sujeito passivo, sendo irrelevante que o pagamento do imposto tenha sido precedido de instauração de fase contenciosa, bastando fique demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do CTN."

Para um melhor entendimento do assunto, transcrevemos, na íntegra, alguns itens do Parecer Normativo CST nº 67/86:



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

"3.3 - Na repetição do indébito, o que se pretende é a correção da ilegalidade havida no pagamento. Não se fala em alteração do lançamento, nem em retificação da declaração, ainda que isto ocorra indiretamente. Da mesma forma, quando se impugna o lançamento está-se retificando a declaração de rendimentos sempre que o lançamento levou em conta tão somente os dados declarados pelo contribuinte. E ninguém questiona o direito de o contribuinte impugnar esse lançamento. Na repetição do indébito ocorre situação semelhante. Embora o sujeito passivo, ao pedir a restituição, induza à alteração do lançamento (que seria vedada pelo art. 145 do CTN) ou mesmo à retificação da declaração (que também seria vedada pelo CTN, art. 147, parágrafo 1º), não se lhe pode negar o direito de intentar o restabelecimento da legalidade do pagamento efetuado.

4. O fundamento jurídico do direito à restituição do indébito tributário, assim como dos demais institutos que ensejam a alteração, direta ou indireta, do crédito tributário, é a restauração da licitude do ato praticado sem causa legal, e não o simples erro cometido pelo sujeito passivo.

4.1 - A própria administração tributária tem o dever de reconhecer o ato ilícito, representado pelo pagamento sem título, aceito ou exigido.

4.2 - O direito assegurado, pelo art. 165 do CNT, ao sujeito passivo, ultrapassa a simples permissividade, contrapondo-se-lhe a obrigação que tem o sujeito ativo de efetuar a restituição, em face do direito público subjetivo, outorgado pela Constituição ao sujeito passivo de ser tributado exatamente como prescreve a lei.

4.3 - De vez que nem mesmo a vontade do sujeito passivo é eficaz para suprir a falta da lei, ainda que precluso o direito do contribuinte de intentar a alteração do crédito tributário, a administração fiscal deverá efetuar-la de ofício, nos termos do art. 149 do CTN, quando verificar que o pagamento foi feito ou exigido erroneamente, à vista dos elementos definidos na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória. Assim como a omissão do sujeito passivo não legitima a cobrança ou o pagamento indevidos ou a maior que o devido, a simples perda de prazo não transforma uma exigência ilegal em legal.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

RECURSO Nº 03.742

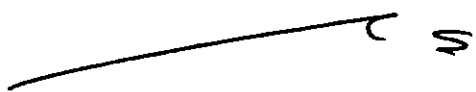
ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

5. O texto do art. 165 do CTN não impede, portanto, que o sujeito passivo, tendo deixado de tomar a iniciativa de promover a alteração do lançamento, através de pedido de retificação da declaração ou de impugnação tempestiva da exigência fiscal, exerça seu direito de pleitear a restituição do tributo recolhido em desacordo com a lei, pois, se, por um lado, o lançamento estabelece para o contribuinte a obrigação de pagar o tributo, por outro lado confere-lhe o direito a que sejam observadas as normas legais de caráter substancial ou procedimental aplicáveis à espécie. Mesmo a prolação de decisão administrativa contrária ao sujeito passivo não deve criar óbice à autoridade pública para sanear ato intrinsecamente viciado pela ilegalidade, eis que a inobservância da lei viola o direito de quem efetua pagamentos não voluntários, como são os tributos.

5.1 - Embora se possa afirmar que "não constitui pagamento indevido o recolhimento do crédito tributário regularmente constituído e não impugnado tempestivamente pelo sujeito passivo", essa assertiva funda-se na presunção de que o crédito tributário tenha sido "regularmente" constituído, ou seja, conformando-se estritamente com as normas legais.

6. Em face da amplitude dos termos do art. 165 do CTN, a repetição do indébito tributário pode ser pleiteada pelo sujeito passivo, sendo irrelevante se o pagamento do imposto tiver sido precedido de instauração de fase contenciosa, bastando fique demonstrada a ocorrência de uma das hipóteses previstas no referido artigo."

Entendo que o lançamento na declaração de rendimentos, somente pode ter validade se o débito confessado efetivamente existir, for legal e constitucional. Caso contrário, a validade jurídica da referida confissão, através da declaração IRPJ, não terá nenhum poder vinculativo por inexistência absoluta de base originária legal ou constitucional. Não poderá prevalecer o pagamento de débitos tributários inexistentes, ilegais ou inconstitucionais.



PROCESSO Nº 13976.000.090/94-71

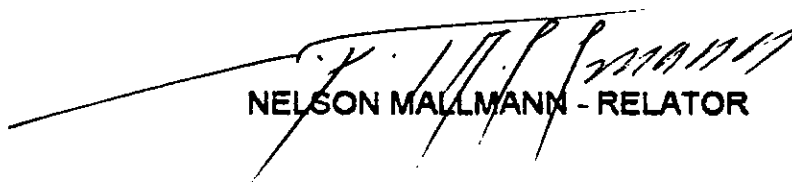
RECURSO Nº 03.742

ACÓRDÃO Nº 104- 12.216

Assim sendo, encontra-se plenamente caracterizado o direito da suplicante à restituição dos valores recolhidos em 1989, a título de Contribuição Social sobre o lucro apurado no ano-base de 1988.

Diante do exposto, e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento ao recurso, para que se devolva a recorrente a parcela paga, relativo a Contribuição Social calculada sobre o lucro apurado no exercício financeiro de 1989, correspondente ao ano-base de 1988, devidamente atualizada pela legislação em vigor.

Brasília, DF, 24 de abril de 1995



NELSON MALLMANN - RELATOR