



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Recurso nº. : 132.174
Matéria : ILL - Ano(s): 1989 a 1992
Recorrente : CASA DOS PARAFUSOS LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA - DF
Sessão de : 14 de maio de 2003
Acórdão nº. : 104-19.361

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou da data de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Desta forma, não tendo transcorrido, entre a data da Resolução nº 82, de 1996, do Senado Federal que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, é de se considerar que não ocorreu a decadência do direito de o contribuinte pleitear restituição ou compensação de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ART. 35 DA LEI Nº 7.713, DE 1988 - SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - O art. 43 do CTN estabelece que o fato gerador do imposto é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Assim, à falta de previsibilidade nos contratos sociais das empresas, da imediata disponibilidade econômica ou jurídica, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento dos períodos-base, configura a inexistência do fato gerador do imposto sobre o lucro líquido, previsto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - INDÉBITO TRIBUTÁRIO - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - IPC - No caso de repetição do indébito tributário, a correção monetária é devida desde a data do pagamento indevido ou maior que o devido de tributos ou contribuições e incide até o efetivo recebimento ou compensação da importância reclamada. Sendo que na vigência de sistemática legal geral de correção monetária, a correção do indébito tributário há de ser plena, mediante a aplicação dos índices representativos da real perda de valor da moeda.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
CASA DOS PARAFUSOS LTDA.

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


REMIS ALMEIDA ESTOL
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 03 JUL 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO
NASCIMENTO, ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, PAULO ROBERTO DE CASTRO
(Suplente convocado), VERA CECÍLIA MATTOS VIEIRA DE MORAES, JOÃO LUÍS DE
SOUZA PEREIRA e ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361
Recurso nº. : 132.174
Recorrente : CASA DOS PARAFUSOS LTDA.

RELATÓRIO

CASA DOS PARAFUSOS LTDA, contribuinte inscrito no CNPJ sob o n.º 00.000.463/0001-53, com sede na cidade de Brasília, Distrito Federal, à I. A S. Quadra 02, n.º 520 – Setor de Indústria, jurisdicionado a DRF em Brasília - DF, inconformado com a decisão de primeiro grau de fls. 161/165, prolatada pela Segunda Turma da DRJ em Brasília - DF, recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 170/182.

O requerente apresentou, em 22/09/99, pedido de restituição/compensação de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, relativo aos anos-base (períodos de apuração) de 1989 a 1992, cujos valores atualizados até agosto de 1999 somam a importância de R\$ 121.514,98.

De acordo com a Portaria SRF n.º 4.980/94, a Divisão de Orientação e Análise Tributária da DRF em Brasília - DF, através de Delegação de Competência formalizada pela Portaria DRF/BSB n.º 113, de 13/11/2001, apreciou e concluiu que o presente pedido de compensação é improcedente, com base na argumentação de que o prazo de cinco (cinco) anos para o exercício do pedido de restituição, não foi observado pelo contribuinte, haja vista que o seu termo inicial é contado a partir da extinção do crédito



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

tributário, ou seja, do pagamento ou recolhimento indevido, nos termos dos artigos 165, I e 168, I, do Código Tributário Nacional. Entendendo que o direito de pleitear a restituição/compensação está decaído, já que o pagamento mais recente ocorreu em 30/03/93, e o pedido de compensação se deu em 22/09/99, data da protocolização do processo.

Irresignado com a decisão da autoridade administrativa singular, o requerente apresenta, tempestivamente, em 25/02/02, a sua manifestação de inconformismo de fls. 131/149, solicitando que seja revisto a decisão para que seja declarado procedente o pedido de restituição/compensação, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que o contribuinte pleiteou crédito de ILL, no valor de R\$ 121.514,98, em 22/09/99 (conforme pedidos de compensação e restituição que instruem o processo), gerando dos recolhimentos inconstitucionais deste tributo, compreendidos entre 1990 e 1993;

- que o contribuinte recolheu para os cofres públicos valores a título de exação Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, nos termos da legislação então vigente consoante se infere pelo pagamento dos Darfs anexados ao processo administrativo em comento;

- que referidos pagamentos foram efetivados com fulcro no disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

- que se infere do pedido de restituição cumulado com pedido de compensação, que a contribuinte requereu fosse restituído os pagamentos indevidos sobre a



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

rubrica do ILL com débitos de tributos arrecadados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da IN SRF nº 21/97 e IN SRF nº 73/97;

- que, todavia, a Delegacia da Receita Federal em Brasília, quando da apreciação do pedido, indeferiu o pedido do contribuinte, decisão esta da qual está sendo atacada pelo presente recurso de Manifesto de Inconformidade;

- que quando da análise da contagem do prazo decadencial de se pleitear a restituição do indébito não há que se esquecer o disposto no art. 156, também do Código Tributário Nacional, referente ao momento em que ocorre a extinção do crédito tributário. Vejamos que no caso específico do ILL, que é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, o art. 156, VII dispõe que a extinção do crédito tributário apenas ocorre depois de decorridos o prazo de cinco anos deferidos ao Fisco para a homologação do lançamento efetivado, começando a partir daí a contagem de mais cinco anos disposto no art. 168, I do CTN;

- que não pode prosperar, portanto, o entendimento de indeferimento do pedido de compensação do contribuinte, pois resta claro que todos os valores pagos sob a rubrica do ILL são inconstitucionais, reconhecendo-se assim o seu direito líquido e certo em ver homologadas as compensações dos pagamentos do ILL com débitos de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal;

- que se ressalte que o artigo 150 do Código Tributário Nacional trata do lançamento por homologação, sendo que o § 4º estabelece o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para a prática deste ato. O § 4º ainda adverte para a circunstância de que, expirado este prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se definitivo o lançamento. Vale dizer que o lançamento apenas pode ser considerado definitivo, em duas situações: (a) – depois de expressamente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

homologado, e (b) – cinco anos depois de ocorrido o fato gerador, sem homologação expressa;

- que na hipótese que agora cuidamos, contados da data do fato gerador temos cinco anos até a “extinção do crédito” pela homologação tácita, e mais cinco anos, daí em diante, para decair do direito de pedir repetição do indébito, ainda que via compensação, totalizando destarte dez anos;

- que outra situação de direito pacífica que também beneficia o contribuinte é no sentido de que o prazo decadencial do tributo declarado indevido somente passa a fluir quando o contribuinte torna-se ciente de seu direito à mesma, ou seja, após a declaração da antijuricidade ou inconstitucionalidade da exação pelos Tribunais Superiores ou através de Resolução do Senado Federal;

- que isso porque não seria justo, nem cabível, punir o contribuinte que de boa-fé recolhe aos cofres públicos o que lhe é exigido sem discutir, resultando em prescrição ou caducidade de seu direito, caso os Tribunais Superiores reconheçam o descabimento do tributo após o prazo de 5(cinco) anos, o que é muito comum devido à sobre carga de trabalho do Poder Judiciário;

- que cumpre informar que até a edição do Ato Declaratório nº 96, de 26/11/96, a própria Secretaria da Receita Federal vinha acatando a contagem do prazo decadencial tendo como termo à quo a Resolução do Senado, a data do trânsito em julgado da decisão do STF ou a data da publicação de ato do Secretário da Receita Federal;

- que em tendo sido publicada a referida Resolução do Senado nº 82, em 18/11/96, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos seria a partir de novembro de 2001. Cumpre



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

ressaltar que o Pedido de Restituição/Compensação do contribuinte junto à Receita Federal é datado de 11/12/98;

- que pelo que se infere das decisões do Supremo Tribunal Federal, pretendeu-se existir um tributo sobre lucro ainda não efetivamente convertido em renda aos quotistas, lucro este, vale frisar, que poderia nem mesmo vir a ser distribuído e, conseqüentemente, não tributável, por inexistir a efetiva disponibilidade da renda;

- que, desta forma, já se depreende ser uma exigência flagrantemente inconstitucional e, relação à sociedade por quotas de responsabilidade limitada cujo contrato social, no parágrafo único da Cláusula Oitava deixa claro que os sócios poderão destinar o lucro apurado a formação de reservas de lucros, o que efetivamente fizeram. Assim, deduz-se que está a se exigir o pagamento de tributo sobre fato gerador não ocorrido, ou seja, sem que tenha havido a efetiva distribuição do lucro líquido aos sócios;

- que a regra fundamental para a exigência do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou de proventos de qualquer natureza. Convenhamos, na presente situação o tributo é devido somente se caso apurado lucro no Balanço Anual de encerramento do período-base, houvesse sido ele distribuído aos quotistas, ou seja, somente ocorreria o fato gerador desta exação se realmente o lucro do contribuinte houvesse ingressado no patrimônio de seus sócios. Ocorre que conforme se extrai das Declarações de Imposto de Renda anexadas os lucros auferidos pelo requerente ao final dos períodos em tela sequer foram distribuídos a seus sócios quotistas, não se configurando, destarte, o fato gerador do tributo em comento;

- que se verifica que no contrato há uma faculdade conferida aos sócios em distribuir ou não os lucros apurados, sendo que as Declarações de Imposto de Renda comprovam que não houve a distribuição econômica do lucro líquido apurado;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

- que pelo que se infere da Resolução do Senado nº 82, a Receita Federal está proibida de constituir, em seu favor, crédito tributário em relação à sociedade por quotas de responsabilidade limitada que não tem previsão em seu contrato social, no encerramento do período-base de apuração, da imediata distribuição de seu lucro líquido aos seus sócios quotistas;

- que face ao exposto, resta claramente demonstrada a existência de crédito de ILL a ser compensado com débitos de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal já confessados e demonstrados em DCTF, bem como débitos vincendos para o caso de saldo remanescente a ser restituído, sendo que os créditos deverão sofrer correção plena no seguintes termos: (a) – durante os meses de setembro/89 a dezembro/89, o índice divulgado pelo IBGE como fator de correção monetária foi o IPC, também utilizado para atualização do BTN; e (b) – durante os meses de janeiro/90 a janeiro/91, a variação do BTN não traduziu a real inflação do período, não acompanhando a variação do IPC/IBGE, dessa forma o contribuinte adotou o IPC divulgado pelo IBGE como índice de correção monetária, sendo o mesmo reconhecido pela Lei nº 8.383/91 para fins de correção monetária do citado período;

- que inobstante tais índices, faz-se mister lembrar que o contribuinte detentor do direito à compensação de tributos recolhidos indevidamente deve incidir sobre os valores arrecadados, juros compensatórios de 1% ao mês, incidindo a partir do mês seguinte à data do pagamento indevido, além da devida correção monetária.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição/compensação e as razões de inconformismo apresentadas pelo requerente, a Segunda Turma da DRJ em Brasília - DF resolveu julgar improcedente a reclamação apresentada contra a Decisão da DRF em Brasília - DF, com base, em síntese, nas seguintes considerações:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

- que vale ressaltar, salvo melhor juízo, que não se equivocou a autoridade signatária do despacho decisório em não considerar a data da extinção do crédito tributário em cinco anos contados da data do fato gerador como quer e entende a interessada. Insto porque, não considerou o "ILL" como lançamento por homologação. Entendimento que, também, comungo sem ressalvas, pois o Imposto sobre o Lucro Líquido, sempre foi apurado na declaração –IRPJ. O fato de a contribuinte recolher o valor declarado antes de qualquer notificação do Fisco, não faz do ILL – um tributo lançado por homologação;

- que, também, improcedentes suas ponderações, diante do AD SRF nº 96/99, antes citado, de que o prazo decadencial começaria a contar após a declaração de antijuricidade ou inconstitucionalidade da exação pelos Tribunais Superiores ou através de Resolução do Senado. E mais, o Parecer COSIT nº 58/98 foi superado pelo Ato Declaratório referenciado;

- que registro, também, que o julgado do STJ, pelo qual o prazo de cinco anos começaria a fluir a partir da data da homologação, não tem encontrado respaldo nos tribunais administrativos;

- que com referência a que o AD 96/99 do Sr. Secretário da Receita Federal, só teria aplicabilidade após a sua edição, consigno, ao contrário, já que se trata de ato normativo tem aplicação retroativa à data das normas que regulam a matéria;

- que no tangente a questão de mérito, exarada na peça recursal de que o Imposto sobre o Lucro Líquido recolhido, não era devido, igualmente a autoridade "a quo" deixo de analisar a questão em razão de que por ser o pedido de restituição Intempestivo, por consequência torna-se impertinente essa segunda matéria.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

A ementa que consubstancia os fundamentos da decisão da Segunda Turma da DRJ em Brasília - DF é a seguinte:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1190, 1992

Ementa: RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL – O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é de cinco anos contados a partir da data do pagamento indevido. Essa a inteligência do art. 168 do CTN e AD do Secretário da Receita Federal – SRF nº 96/1999.

ATOS NORMATIVOS DA SRF – Os órgãos administrativos de julgamento em primeira instância devem observar os atos normativos do Órgão a que estão subordinados conforme determina o art. 7º, da Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001, do Ministro de Estado da Fazenda.

ATO DECLARATÓRIO DO SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL – Os atos declaratórios do Secretário da Receita Federal por terem caráter meramente normativo, reportam-se a legislação correspondente.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INTEMPESTIVAMENTE – Sendo extemporâneo o pedido de restituição de tributos, torna-se irrelevante ao deslinde da pendência, ser ou não devido o valor recolhido. Daí, desnecessária a apreciação dessa matéria no julgamento.

Solicitação Indeferida.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 06/08/02, conforme Termo constante às fls. 166, e, com ela não se conformando, o requerente interpôs, em tempo hábil (05/09/02), o recurso voluntário de fls. 168/182, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade, reforçado pela argumentação de que convém destacar que desde o Despacho proferido no presente processo administrativo esta combalido o Acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, não fora enfrentada a questão do mérito da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

procedência dos créditos sendo suscitadas somente da decadência e prescrição dos créditos pleiteados. Desta forma, ao ser fatalmente declarada a não ocorrência da decadência e/ou prescrição do crédito por este Egrégio Conselho de Contribuintes, deverá ser percorrida novamente todas as instâncias julgadoras para fim de apreciação do mérito da existência do crédito do ILL.

É o Relatório.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Não há arguição de qualquer preliminar.

Como se vê do relatório, cinge-se a discussão do presente litígio em torno de restituição de imposto sobre o lucro líquido, que o requerente entende ter recolhido indevidamente, bem como, qual seria o marco inicial da contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do imposto indevidamente pago nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal.

Da análise do processo, nota-se que o suplicante entende que os pagamentos do Imposto Sobre o Lucro Líquido que foram realizados com o fulcro no disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no seu caso são indevidos, já que o artigo 35, anteriormente citado, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para as sociedades anônimas e para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social não contiver cláusulas específicas de distribuição de lucros no encerramento do exercício social, ou seja, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia, em certas situações, foi suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 82/96, em 18/11/96, entende o suplicante que está enquadrado numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional, já que a sua sociedade está estruturada em sociedade por quotas de responsabilidade limitada e não houve a efetiva distribuição do lucro líquido auferido no período aos sócios quotistas, razão pela qual o início do prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Resolução do Senado nº 82, qual seja 18/11/96.

É sabido, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

" EMENTA

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembléia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)".

Diz ainda o julgado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio quotista" salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição".

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Consta na alteração de Contrato Social de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, exatamente às fls. 03 – Cláusula Oitava e seus Parágrafos, às fls. 25 dos autos o seguinte:

"CLÁUSULA OITAVA: O balanço geral da sociedade será realizado no dia 31 de dezembro de cada ano e os lucros líquidos apurados ficarão suspensos, até deliberação dos sócios que, por maioria do capital, decidirão se irão distribuí-los ou se o manterão em Reservas de Lucros, podendo ainda utilizá-los no todo ou em partes para aumento do capital social, de acordo com a conveniência de cada exercício.

Parágrafo 1º - Havendo deliberação dos sócios, que representam a maioria do capital, pela distribuição de lucros, essa distribuição fica limitada em até 50% (cinquenta por cento) dos lucros líquidos em suspensos, já levantados em balanços anteriores.

Parágrafo 2º - Fica vetado aos sócios proporem distribuição de lucros vincendos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Da análise do Contrato Social, dá para se concluir que, a princípio, o requerente estaria enquadrado na situação de exceção, ou seja, situação que segundo o contrato social, não dependa do assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição. Como se vê tanto para distribuir o lucro para os sócios ou para mantê-los em Reservas de Lucros, seria necessário à deliberação dos sócios, e mesmo havendo a distribuição aos sócios os lucros distribuídos ficariam limitados 50% (cinquenta por cento) dos lucros líquidos em suspensos levantados em balanços anteriores.

Desta forma, neste processo cabe, inicialmente, a análise do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para requerer a restituição de tributos e contribuições declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Em regra geral o prazo decadencial do direito à restituição de tributos e contribuições encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, ou seja, data do pagamento ou recolhimento indevido.

Observando-se de forma ampla e geral é líquido é certo que já havia ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Entretanto, no caso dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria. Assim, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, que o termo inicial não poderá ser o momento da extinção do crédito



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

tributário pelo pagamento, já que a fixação do termo inicial para a apresentação do pedido de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento os pagamentos efetuados pelo requerente eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, tanto a fonte pagadora quanto o beneficiário agiram dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei.

Isto é, até a decisão judicial ou administrativa em contrário, ao contribuinte cabe dobrar-se à exigência legal tributária. Reconhecida, porém, sua inexigibilidade, quer por decisão judicial transitada em julgado, quer por ato da administração pública, em sombra de dúvidas, somente a partir deste ato estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do C.T.N.

Porquanto, se por decisão do Estado, pólo ativo das relações tributárias, o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo até então, ou sofrer-lhe as sanções, a reforma dessa decisão condenatória por ato da própria administração, tem o efeito de tornar o termo inicial do pleito à restituição do indébito a data de publicação do mesmo ato.

Portanto, na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Sendo exceção a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei em que se fundamentou o gravame ou de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, momento em que o início da contagem do prazo decadencial desloca-se para a data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional, ou da data do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Nesta linha de raciocínio a solução mais adequada nestes casos é a do reconhecimento do prazo de cinco anos da data da publicação da Resolução do Senado Federal que concede efeito erga omnes e ex tunc à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, já que a publicação da decisão do STF a proclamar a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, teve, apenas, o condão de gerar efeitos imediatos inter partes.

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade – com efeito erga omnes – da lei que estabelece a exigência do tributo, ou de ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, este, a princípio, será o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Desta forma, no caso em litígio, não tenho dúvidas em afirmar que somente a partir da publicação da Resolução do Senado nº 82 (18/11/96) surgiu o direito do requerente em pleitear a restituição do imposto pago indevidamente, porque esta Resolução estampa a inconstitucionalidade da lei e o reconhecimento pela não-incidência do Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL.

Definitivamente, o imposto sobre o lucro líquido – art. 35 da Lei n.º 7.713/88 – foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária de 30/06/95, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 13/10/95 e a Resolução do Senado nº 82, foi publicada em 18/11/96. Como se vê o pedido de restituição de fls. 01/04 está dentro do prazo legal de solicitação, já que não houve o transcurso de tempo superior a cinco anos entre a protocolização do Pedido de Restituição e a Resolução do Senado que declarou a inaplicabilidade da lei na cobrança do imposto.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Assim sendo, entendo que não ocorreu a decadência do direito de pleitear a restituição em discussão.

Quanto a matéria de mérito em si, é sabido, como já foi dito anteriormente, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

“ EMENTA

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembléia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)”.

Diz ainda o julgado:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão a “o acionista”, a constitucionalidade das expressões “o titular de empresa individual” e “o sócio quotista” salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição”.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Consta na alteração de Contrato Social de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, exatamente às fls. 03 – Cláusula Oitava e seus Parágrafos, às fls. 25 dos autos o seguinte:

“CLÁUSULA OITAVA: O balanço geral da sociedade será realizado no dia 31 de dezembro de cada ano e os lucros líquidos apurados ficarão suspensos, até deliberação dos sócios que, por maioria do capital, decidirão se irão distribuí-los ou se o manterão em Reservas de Lucros, podendo ainda utilizá-los no todo ou em partes para aumento do capital social, de acordo com a conveniência de cada exercício.

Parágrafo 1º - Havendo deliberação dos sócios, que representam a maioria do capital, pela distribuição de lucros, essa distribuição fica limitada em até 50% (cinquenta por cento) dos lucros líquidos em suspensos, já levantados em balanços anteriores.

Parágrafo 2º - Fica vetado aos sócios proporem distribuição de lucros vincendos.”

Depreende-se da leitura da Cláusula Oitava e parágrafos do Contrato Social do requerente, acima transcrito, que a distribuição de lucros depende da deliberação dos sócios que, por maioria do capital, decidirão se irão distribuí-los ou se os manterão em contas de Reservas de Lucros para aumento de Capital Social.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

É de se ressaltar ainda que, no caso em comento, além da decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente é devido o ILL se estiver expresso no contrato social que o lucro apurado será destinado à distribuição existe a Resolução do Senado Federal n.º 82/96 suspendendo a execução da norma legal declarada inconstitucional, estendendo os seus efeitos para toda a sociedade, ou seja efeitos “erga-omnes”.

Esse entendimento do mais alto órgão do Poder Judiciário, estabelecendo a inconstitucionalidade do dispositivo em questão importa em reconhecer que o imposto sobre o lucro líquido, nunca existiu para estas empresas, e nunca poderiam ser exigidos, já que o valor jurídico de um ato inconstitucional é desprovido de qualquer eficácia no pleno de direito, não produzindo qualquer efeito desde a sua origem, conforme pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal (ADIN n.º 1.434/SP - DJU em 22/11/96 e ADIQUO n.º 652/MA – DJU em 02/04/93).

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.

Ora, se várias ações foram propostas por contribuintes contra a Fazenda Nacional, objetivando a devolução do imposto sobre o lucro líquido e o Supremo Tribunal Federal declarou a não procedência da cobrança deste imposto, em certas situações, tal declaração passa imediatamente a ter validade para todos os cidadãos, por se tratar de decisão final, irrecorrível e imutável, ou seja, estas decisões são insusceptíveis de alteração, uma vez que não cabem embargos infringentes, porque não são julgados proferidos em apelação ou em ação rescisória, nem embargos de divergência.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Assim, não há dúvida que ações que versem sobre o mesmo tema, a decisão do Supremo Tribunal Federal será a mesma.

Já não há mais como se manter tal ônus para o requerente, primeiro porque a Corte Máxima já se pronunciou pela inconstitucionalidade da matéria em questão e, de outro lado o próprio Conselho de Contribuintes já vem acolhendo a tese esposada pelo STF, por razões de economia processual, excluindo estas empresas do campo de incidência do artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, ou seja, o ILL só será devido pelos sócios-quotistas, quando, no contrato social, houver dispositivo expresso, expondo que o lucro apurado será destinado à distribuição.

Do exposto, observa-se que não só na esfera judicial foi acolhida a tese de não incidência, mas também já na própria esfera administrativa, o que, inclusive, redundaria em economia processual, pois evita o recurso dos contribuintes ao Judiciário para haver seus direitos.

O despacho proferido pelo ilustre Desembargador Federal - Juiz Hermenito Dourado - Presidente do Egrégio Tribunal Federal da 1ª Região, que, em sede de Recurso Especial no Processo n.º 92.01.21817-6, contra os argumentos da Fazenda Pública sobre os efeitos das decisões INTER PARTES ou ERGA OMNES, e mais o disposto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, 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 juizes orientarem suas decisões



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

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."

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-le 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 se obedecer cegamente, e menos se ver 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 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).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA**

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

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 crescer litígios, inutilmente, roubando-se, e à Justiça, tempo utilizável nas tarefas ingentes que lhes cabem como instrumento da realização do interesse coletivo."

A citada decisão do Supremo Tribunal Federal interpretou, em caráter definitivo, a legislação vigente sobre a matéria de que trata da inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, 1988, em certas situações, 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 n.º 73.529/74. Adotar a decisão do STF, significa, apenas, interpretar a lei na conformidade da interpretação dada pelo mais alto tribunal do País.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Do exposto, observa-se que não só na esfera judicial foi acolhida a tese de inconstitucionalidade da matéria, mas também já na própria esfera administrativa, o que, inclusive, redundaria em economia processual, pois evita o recurso dos contribuintes ao Judiciário para haver seus direitos.

Ainda resta a discussão da questão sobre correção monetária, ou seja, cabe, em caso de restituição/compensação de indébito tributário, atualização monetária do valor original resultante de pagamento indevido ou a maior que o devido (art. 165 do CTN), a partir da data do pagamento indevido ou maior que o devido até 01/01/92, data que entrou em vigor a UFIR (Lei nº 8.383/91).

Alega o requerente que os créditos a restituir deverão sofrer correção plena nos seguintes termos:

(1) – durante os meses de janeiro/90 a janeiro/91, a variação do BTN não traduziu a real inflação do período, não acompanhando a variação do IPC/IBGE, dessa forma o Contribuinte adotou o IPC divulgado pelo IBGE como índice de correção monetária, sendo o mesmo reconhecido pela Lei nº 8.383/91 para fins de correção monetária do citado período, haja vista que o IBGE é o órgão governamental competente para divulgar a real inflação do país através de índices oficiais, tal como o IPC;

(2) – que tendo em vista que o índice utilizado no período de fevereiro/91 a novembro/91 para a indexação de tributos foi a Taxa Referencial Diária – TRD, sendo a mesma considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para efeito de correção monetária, os contribuintes passaram a pleitear administrativa e judicialmente o reconhecimento dos índices da variação do INPC, divulgados pelo IBGE, como fator de correção inflacionária do período em tela; e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

(3) – inobstante tais índices, faz-se mister lembrar que o contribuinte detentor do direito à compensação de tributos recolhidos indevidamente deve incidir sobre os valores arrecadados, juros compensatórios de 1% (um por cento) ao mês, incidindo a partir do mês seguinte à data do pagamento indevido até 31/12/95 e a partir de 01/01/96 a taxa Selic.

Sobre o assunto, diz o Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999, no seu artigo 893 que a compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto atualizado monetariamente até 31 de dezembro de 1995 (Lei nº 8.383, de 1991, art. 66, Lei nº 9.069, de 1995, art. 58, e Lei nº 9.250, de 1995, art. 39).

Desta forma, na regra geral existia um entendimento que nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos federais, 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 subseqüentes, entre tributos da mesma espécie, facultado optar pelo pedido de restituição (Lei nº .383/91, art. 66 e parágrafos). A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto corrigido monetariamente com base na variação da UFIR; esta correção é aplicável a todos os valores de restituições efetuadas a partir de 1º de janeiro de 1992, inclusive os pendentes de julgamento e os relativos a recolhimentos efetuados antes de 1º de janeiro de 1992 que, para esse efeito, deverão ser convertidos em número de UFIR, nessa data, mediante sua divisão pelo valor de Cr\$ 597,06, sendo o valor em cruzeiros a ser restituído obtido pela multiplicação do número de UFIR pelo valor desta: a) – no mês em que se efetuar a restituição, no caso de pagamentos efetuados por pessoas físicas, relativamente a imposto de renda; b) – no dia em que se efetuar a restituição para os demais casos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Entendo que a norma supra mencionada serve para balizar o critério de atualização monetária, a vigorar a partir de 01/01/92, nos casos de pagamento indevido ou a maior que o devido de tributos e contribuições, entretanto, carece de maiores detalhes quanto a atualização a ser utilizada em data anterior a 01/01/92.

O Parecer AGU nº GQ-96/96, aprovado pelo Parecer AGU 1/96, se expressa, em síntese, da seguinte forma:

"Mesmo na inexistência de expressa previsão legal, é devida correção monetária de repetição de quantia indevidamente recolhida ou cobrada a título de tributo; a restituição tardia; restituição tardia e sem atualização é restituição incompleta e representa enriquecimento ilícito do Fisco. Correção monetária não constitui um plus a exigir expressa previsão legal – é, apenas, recomposição do crédito corroído pela inflação. O dever de restituir o que se recebeu indevidamente inclui o dever de restituir o valor atualizado. Se a letra fria da lei não cobre tudo o que no seu espírito se contém, a interpretação integrativa se impõe como medida de Justiça. Disposições legais anteriores à Lei 8.383/91 e princípios superiores do Direito brasileiro autorizam a conclusão no sentido de ser devida a correção. A jurisprudência unânime dos Tribunais reconhece, nesse caso, o direito à atualização do valor reclamado. O Poder Judiciário não cria, mas tão somente aplica o direito vigente. Se tem reconhecido esse direito, é porque ele existe."

Faz se necessário ressaltar, que as restituições de imposto de renda apurado em declaração anual sempre tiveram o seu valor atualizado monetariamente, tanto é que com a vigência da UFIR ficou assim estabelecido:

- Imposto de Renda – Pessoas Jurídicas: o valor a ser restituído será atualizado, até 01/01/91, com base no BTNF de Cr\$ 126,8621 e, a partir de 02/01/92, com base na UFIR diária.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

- Imposto de Renda – Pessoas Físicas: o valor a ser restituído será atualizado, até 01/02/91, com base no BTNF de Cr\$ 126,8621 e, a partir de 02/01/92, com base na UFIR mensal, não havendo, portanto, atualização decorrente da UFIR durante o mês de janeiro.

Cumpra esclarecer que a legislação vigente, em 1990, previa que o imposto a restituir em 1991, na declaração de rendimentos, deveria ser acrescido de correção monetária, aos índices adotados pela Lei nº 8.134, de 27/12/90.

Entretanto, a Suprema Corte, na ADIN nº 513-DF, em 29/05/91, concedeu liminar afastando a aplicação do coeficiente de correção monetária prevista no art. 11, parágrafo único, da Lei nº 8.134/90, no exercício financeiro de 1991.

A referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada procedente, declarou inconstitucional a correção prevista nos dispositivos citados. Na mesma ADIN 513-DF, o Supremo Tribunal Federal baixou o entendimento que a "TR é a taxa remuneratória e não índice de atualização do poder aquisitivo da moeda".

A Taxa Referencial – TR, instituída pela Lei nº 8.177, de 01/03/91, foi objeto de impugnação através das ADINs nº 493-DF, 543-0 e 539-1.

Por unanimidade, a Suprema Corte julgou a TR como taxa remuneratória. Por sua vez, a Medida Provisória nº 297/91, reeditada pela Medida Provisória nº 298/91 e transformada na Lei nº 8.218, de 28/08/91, trouxe novo disciplinamento para o pagamento dos débitos para com a Fazenda Nacional, prevendo a incidência sobre estes de juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária – TRD.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

Assim, face às disposições judiciais supra mencionadas, foram retiradas do “caput” do art. 9º, da Lei nº 8.177/91 as expressões: “sobre os impostos, as multas, as demais obrigações fiscais e parafiscais”. O art. 30, da Lei nº 8.218/91 determinou nova redação para o já citado art. 9º, da Lei nº 8.177/91, passando a se referir sobre débitos.

Do que se conclui que inexistente diploma legal autorizando a incidência de qualquer índice como fator de correção monetária, para o ano de 1991, concernente a restituição/compensação de imposto ou contribuição pago a maior, entretanto, entendo que mesmo na inexistência de expressa previsão legal, é devida correção monetária de repetição de quantia indevidamente recolhida ou cobrada a título de tributo.

Não seria justo a Fazenda Nacional cobrar em seus débitos a atualização monetária e não devolver os pagamentos indevidos sem a mesma atualização. O dever de restituir o que se recebeu indevidamente inclui o dever de restituir o valor atualizado.

Na tentativa de reduzir os conflitos, a Administração Tributária editou a Norma de Execução Conjunta COSIT/COSAR nº 08/97, regulamentando a atualização monetária, até 31/12/95, de valores pagos ou recolhidos no período de 01/01/88 a 31/12/91, para fins de restituição ou compensação, entretanto, esta norma não tem altivez suficiente para recompor a integral atualização do indébito.

Não há dúvidas, que a norma expõe o reconhecimento da Administração Tributária de que houve inflação a corroer o valor indevidamente recolhido. Ora, havendo inflação, nada mais justo que esta correção seja plena.

Neste sentido se manifestou a colenda Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, conforme o Acórdão 107-06.113, de 2000, cujo voto condutor foi do ilustre Conselheiro Luis Valero, para quem peço vênica para transcrever excerto do seu



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

voto em que resta demonstrada a necessidade de aplicação do IPC/IBGE em determinados períodos, verbis:

"Após esse breve intróito, deve-se fazer uma análise dos índices a serem utilizados para efetuar a atualização monetária. A UFIR somente foi instituída, sendo utilizada para atualizar inclusive indêbitos tributários, pela Lei nº 8.383/91, prestando-se para atualizar valores a partir de janeiro de 1992, até dezembro de 1995. A partir de então a taxa SELIC passou a ser utilizada para atualização dos pedidos de ressarcimento/restituição (Lei nº 9.250/95 c.c 9.532/97).

Ocorre que no período anterior a 1992, não existia norma legal expressa a esse respeito, dessa forma tanto a jurisprudência quanto a administração pública foram forçadas a aplicar analogicamente certos índices para o direito dos contribuintes não restar prejudicado.

A Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97 veio uniformizar os índices a serem aplicados pela Secretaria da Receita Federal. Em suma os índices utilizados são: IPC/IBGE no período compreendido entre jan/88 a fev/90 (excetuando-se o mês de jan/90 cujo índice foi expurgado), BTN no período compreendido entre mar/90 a jan/91 e INPC de fev/91 a dez/91. Deve-se analisar a correção dos índices adotados.

De fevereiro de 1986, até dezembro de 1988 o índice utilizado oficialmente para medir a inflação era a OTN, que, por sua vez, era calculada com base no IPC/IBGE. Pode-se dizer, portanto que o IPC/IBGE era o índice oficial. A OTN, contudo, foi extinta com o advento do "Plano Verão", implementado pela Medida Provisória nº 32/89, posteriormente convertida na Lei nº 7.730/89.

O valor da OTN foi, então, congelado em NCz\$ 6,17, valor esse que computava a inflação ocorrida no mês de dezembro de 1988, mas não a de janeiro de 1989. A partir de fevereiro o IPC/IBGE passou a ser utilizado diretamente como indicador oficial da inflação.

A inflação do mês de janeiro, dessa forma, não seria levada em conta. Essa a lógica contemplada pela Norma de Execução Conjunta SRF COSIT/COSAR nº 08/97, haja vista que o mês de jan/89 não apresenta qualquer índice de inflação. Portanto, apesar da Norma utilizar o IPC a partir de 1988 – pois este era o verdadeiro indicador da inflação já que a OTN era



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

corrigida de acordo com ele – no mês de jan/89, nenhum índice foi considerado.

Obviamente, tal sistemática não merece prosperar, como acertadamente decidiu a R. Sentença, na esteira de reiterada jurisprudência do STJ (Resp. nº 23.095-7, Resp. 17.829-0, entre outros). A inflação expurgada referente ao mês de janeiro deve, portanto, ser considerada para fins de atualização monetária.

O IPC divulgado relativo ao mês de janeiro de 1989 foi de 70,28%. Todavia, esse índice não refletiu a inflação ocorrida no mês de janeiro, mas sim a inflação ocorrida no período compreendido entre 30 de novembro (média estatística entre os dias 15 de novembro e 15 de dezembro) e 20 de janeiro (média estatística entre os dias 17 e 23 de janeiro).

Como o IPC referente ao mês de jan/89 computou, na verdade, a inflação ocorrida em 51 dias, o STJ entendeu que o índice expurgado seria de 42,72%, obtido pelo cálculo proporcional a 31 dias.

Referente ao mês de fevereiro, o IPC/IBGE divulgado foi de 3,6%. No entanto, tal índice refletiu tão-somente a inflação em 11 dias (período compreendido entre 20 de janeiro – média de 17 a 23 de janeiro – e 31 de janeiro – média de 15 de janeiro a 15 de fevereiro). Proporcionalizando-se tal índice para 31 dias o STJ entendeu aplicável o índice de 10,14%, considerando que teria havido um expurgo de 6,54%.

No período compreendido entre março de 1989 e fevereiro de 1990, deve ser utilizado o IPC/IBGE, pois este foi o índice oficial adotado para mediar a inflação, como, aliás, a própria Norma de Execução Conjunta nº 08/97 reconhece.

Nos meses de março a janeiro de 1991 o índice a ser aplicado, segundo a R. Sentença, é o IPC/IBGE. Em inúmeros julgados, o STJ já firmou entendimento de ser aplicável o índice de 84,32% para o mês de março de 1990 (Resp nº 81.859, Resp. nº 17.829-0, entre outros) A Norma de Execução Conjunta nº 08/97, contudo, utiliza-se do BTN de 41,28% para proceder à atualização monetária.

O mesmo ocorre com os meses de abril e maio de 1990, quando os índices do IPC, respectivamente de 44,80% e 7,87% não são levados em conta pela NEC nº 08/97 que se vale do BTN de 0,0% e 5,38%. O STJ, também em



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

referência a estes meses tem decidido que devem prevalecer os valores do IPC (Resp. nº 159.484, Resp. nº 158.998, Resp nº 175.498, entre outros)."

É imperativo destacar a mansa e pacífica jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica abaixo:

"EDRESP 461463, PRIMEIRA TURMA, 03/12/2002:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. ART. 161, § 1º, DO CTN. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES.

1. Ocorrência de omissão na decisão embargada quanto à correção monetária a ser aplicada ao débito reconhecido, assim como aos juros de mora e aos ônus sucumbenciais.

2. A correção monetária não se constitui em um plus: não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. Pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento de que é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos (Planos Bresser, Verão, Collor I e II), como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. Este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a fevereiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) só a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91."

"RESP 263535, SEGUNDA TURMA, 15/10/2002:

TRIBUTÁRIO – ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA – RESTITUIÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – APLICAÇÃO DA TR – IMPOSSIBILIDADE –



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

ADIN 493-0 – INCLUSÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS – LEIS 8.177/91 E 8.383/91 – PRECEDENTES.

- Conforme orientação assentada pelo STF na ADIN 493-0, a TR não é índice de atualização da expressão monetária de débitos judiciais, porque não afere a variação do poder aquisitivo da moeda.
- A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se quanto à adoção do IPC como índice para correção monetária nos meses de mar/90 a fevereiro/91; a partir da promulgação da Lei 8.177/91 vigora o INPC e, a partir de janeiro/92, a UFIR, na forma recomendada pela Lei 8.383/91.
- Recurso especial conhecido e provido”.

RESP 426698, PRIMEIRA TURMA, 13/08/2002:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – AUTÔNOMOS, ADMINISTRADORES E AVULSOS – RESTITUIÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPC – INPC – UFIR – RECURSO ESPECIAL – FALTA DE ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DE ADMISSIBILIDADE – NÃO CONHECIMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC – INOCORRÊNCIA.

No cálculo da correção monetária dos valores a serem compensados, o IPC é o índice a ser aplicado nos meses de março de 1990 a fevereiro de 1991 e, a partir da promulgação da Lei nº 8.177/91, o INPC. No período de janeiro de 1992 a 31.12.95, os créditos tributários devem ser reajustados pela UFIR, sendo indevida a adoção do IGPM nos meses de julho a agosto de 1994.

Se os dispositivos legais apontados como malferidos não restaram versados na decisão recorrida, não cabe conhecer do recurso especial.

Não se configura violação ao artigo 535 do CPC, quando a decisão proferida, em sede de embargos de declaração, entremostra-se fundamentada o quantum satis, para formar o convencimento da Turma Julgadora a quo, inexistindo omissão a ser suprida. O recurso do INSS a que se nega provimento e o da outra parte conhecido, em parte, mas improvido.”

“RESP 165945, SEGUNDA TURMA, 07/05/1998:

TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO. RESTITUIÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

- I – Na restituição dos recolhidos a maior a título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE nº 150.764-1), aplicam-se à correção monetária os expurgos inflacionários.
- II – Na correção monetária dos valores compensáveis, deve ser aplicado, no



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

mês de janeiro de 1989, o índice de 42,72%, no período de março de 1990 a janeiro de 1991, o IPC, e, a partir de janeiro de 1992, a UFIR.
III – Recurso conhecido e provido.”

A Câmara Superior de Recursos Fiscais tem firmado jurisprudência no sentido de que a correção monetária dos débitos há de ser plena, mediante a aplicação dos índices representativos da real perda de valor da moeda, conforme se verifica no Acórdão nº CSRF/01-04.456, de 25 de fevereiro de 2003, cuja ementa é a seguinte:

“CORREÇÃO MONETÁRIA – RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE DÉBITO TRIBUTÁRIO – PRINCÍPIO DA MORALIDADE – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 37 – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – STJ – 1990 – PRECEDENTES – Na vigência de sistemática legal geral de correção monetária, a correção de débito tributário há de ser plena, mediante a aplicação dos índices representativos da real perda de valor da moeda, não se admitindo a adoção de índices inferiores expurgados, sob pena de afronta ao princípio da moralidade administrativa e de se permitir enriquecimento ilícito do Estado.”

Da análise da Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR Nº 08, de 27 de junho de 1997, verifica-se que na Tabela de Coeficientes para a atualização monetária, até 31 de dezembro de 1995, de valores passíveis de restituição ou compensação, relativamente a pagamentos ou recolhimentos verificados no período de 1º de janeiro de 1988 a 31 de dezembro de 1991 foram utilizados os indicadores abaixo discriminados:

a) – de janeiro/88 a fevereiro/90: IPC, exceto o relativo ao mês de janeiro/89 (70,28%), expurgado inclusive do reajuste da OTN;

b) – de março/90 a fevereiro/91: BTN; e

c) – de março a dezembro/91: INPC.



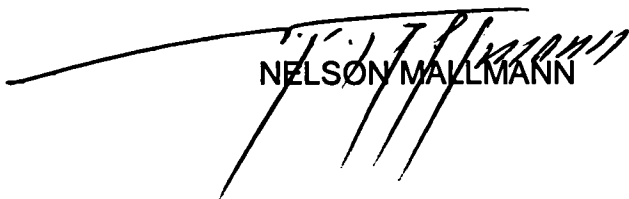
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10166.018356/99-29
Acórdão nº. : 104-19.361

É de se ressaltar, que o primeiro recolhimento indevido realizado pelo contribuinte foi em 30/04/90.

Assim, na esteira considerações acima expostas e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito à restituição/compensação do imposto sobre o lucro líquido – ILL, indevidamente recolhido, sendo que no cálculo do “quantum” a ser restituído/compensado deverá ser observado a atualização monetária nos seguintes índices: (I) – a partir de 30/04/90 até fevereiro de 1991 – o IPC; (II) – no período de março de 1991 a dezembro de 1991 – o INPC; (III) - no período de janeiro de 1992 a 31.12.95 – pela UFIR; e (IV) - a partir de 01/01/96 - pela taxa SELIC.

Sala das Sessões - DF, em 14 de maio de 2003



NELSON MALLMANN