



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

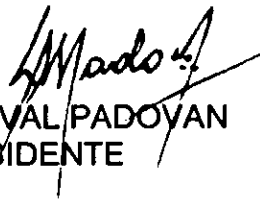
Processo nº. : 10166.021447/97-99
Recurso nº. : 134.838
Matéria : IRF - Ano(s): 1990
Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. - TELEBRÁS
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ em BRASÍLIA - DF
Sessão de : 02 DE JULHO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.423

**DECADÊNCIA - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - NORMA SUSPensa
POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL** - Nos casos de
declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal,
ocorre à decadência do direito à repetição do indébito depois de
05(cinco) anos da data de trânsito em julgado da decisão proferida em
ação direta ou da publicação da Resolução do Senado Federal que
suspendeu a lei com base em decisão proferida no controle difuso de
constitucionalidade - Resolução 82/96.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. - TELEBRÁS.

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


DORIVAL PADOYAN
PRESIDENTE


LUIZ ANTONIO DE PAULA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 25 AGO 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA
MENDES DE BRITTO, ANTÔNIO AUGUSTO SILVA PEREIRA DE CARVALHO
(Suplente convocado), THAISA JANSEN PEREIRA, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES
BUENO, EDISON CARLOS FERNANDES e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.
Ausente o Conselheiro ROMEU BUENO DE CAMARGO.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

Recurso nº. : 134.838
Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S.A. - TELEBRÁS

RELATÓRIO

Telecomunicações Brasileiras – Telebrás, já qualificada nos autos, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 44/47, prolatada pelos Membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Brasília – DF, recorreu a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos do recurso voluntário de fls. 58/77.

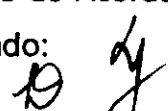
Deu início ao presente o Pedido de Restituição de créditos de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, pago em 30/04/1991, por intermédio do Darf de fl. 02.

Às fls. 03/10, constam documentos que instruíram o seu Pedido de Restituição.

A Chefe da Divisão de Orientação e Análise Tributária, por delegação de competência – Portaria Nº DRF/BSB Nº 113, de 20/11/2001, ao apreciar o seu pedido, indeferiu a solicitação da requerente, pois já havia transcorrido o prazo admitido, para a sua restituição nos termos do Despacho Decisório de fls. 21/23.

A contribuinte tomou ciência deste despacho em 16/09/2002 – (“AR” – fl. 24-verso) e apresentou a Manifestação de Inconformidade às fls. 25/42.

Os Membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília – DF, por unanimidade de votos, acordaram por indeferir a manifestação de inconformidade da contribuinte, nos termos do Acórdão DRJ/BSA Nº 4.017, de 29 de novembro de 2002, fls. 52/55, assim ementado:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

*"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF
Período de apuração: 1990*

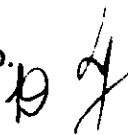
Ementa: Repetição de Indébito – Decurso de Prazo – O direito de pleitear reconhecimento creditório sobre tributo ou contribuição paga indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância aos princípios da estrita legalidade tributária e da segurança jurídica.

*Solicitação Indeferida**

Cientificada da decisão ("AR" – fl. 56-verso) e ainda inconformada, a empresa apresentou recurso voluntário em 24/03/2003, às fls. 58/77, onde basicamente reiterou os argumentos já apresentados em sua Manifestação de Inconformidade.

No final, requereu o recebimento do recurso voluntário, a fim de que seja julgado totalmente procedente seu pedido de restituição dos créditos recolhidos indevidamente incluídos todos os índices expurgados pelo Governo Federal e a Taxa-Selic.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

VOTO

Conselheiro LUIZ ANTONIO DE PAULA, Relator

Inicialmente, cabe analisar sobre o aspecto da tempestividade ou não do recurso voluntário, apresentado em 19/02/2003, fls. 58/77, pois não consta dos autos qualquer manifestação da autoridade preparadora.

À fl. 56-verso consta o "AR" referente à ciência do Comunicado/070/2003, relativo ao Acórdão/DRJ/BSA Nº 4.017, de 29 de novembro de 2002 (fls. 52/55), entretanto, somente consta à assinatura, sendo omitida a data do Aviso de Recebimento – AR.

E, nos termos do art. 23, § 2º, II do Decreto nº 70.235/72, com redação dada pelo art. 67 da Lei nº 9.532/97), considera-se recebida a intimação 15 dias após a data da expedição da intimação que se deu em 17/02/2003 (fl. 56), devendo ser iniciada no dia seguinte, considerando-se intimado no décimo quinto dia seguinte, dia 07 de março, e, a partir daí, conta-se 30 dias para a apresentação do recurso. À f. 58, denota-se que o mesmo foi protocolado em 24 de março de 2003, assim é que o considero apresentado dentro do prazo legal.

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo art. 33 do Decreto nº 70.235 de 06 de março de 1972, tendo sido interposto por parte legítima, razão porque dele tomo conhecimento.

Verifica-se que no caso em concreto, a recorrente fundamentou-se de que, por força da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 23 de dezembro de 1988, não

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

estaria ele obrigado ao recolhimento, efetivamente efetuado, do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, período-apuração de 1990, conforme se denota no Darf de fl. 02, face ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Sendo assim, argumentou que somente após a data da publicação da Resolução do Senado Federal tem início o prazo extintivo do direito de pleitear a restituição do pagamento indevido.

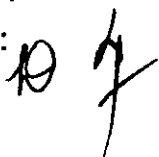
Entretanto, os Membros da 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Brasília – DF e a autoridade preparadora entenderam que o prazo quinquenal que alude o art. 165, I, do CTN, tem por termo inicial o recolhimento indevido (1991).

Como já devidamente mencionado, o embate aqui presente refere-se ao exame da preliminar de decadência do direito de pedir a restituição, do marco inicial para a contagem de prazo para a repetição do indébito, em especial em caso de inconstitucionalidade.

Os recolhimentos do Imposto de Renda na Fonte, efetuados pela recorrente, foram em obediência ao disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que assim dispõe:

“Art. 35 – O sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base”.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária de 30/06/95, reconheceu a inconstitucionalidade da exigência instituída pelo art. 35 do mencionado ato legal. O Recurso Extraordinário nº 172.058-1SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, do qual transcrevo trecho da ementa, pertinente na parte relativa à matéria em questão:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

“...
IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – ACIONISTA. O art. 35 da Lei 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade “desconto na fonte”, relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no art. 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei 6.404/76”. (Acórdão publicado no DJU DE 13/10/95).

O que deu origem à Resolução do Senado Federal nº 82. de 18/11/96:

“RESOLUÇÃO Nº 82, de 1996

Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão “o acionista” nele contida.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996”

Entendo que neste momento, a contrário senso, passou haver contradição entre a regra tributária individual e concreta que ensejou o pagamento e o Sistema Tributário Brasileiro, tendo concretizado o evento do pagamento indevido, pressuposto para o nascimento da obrigação de devolução do indébito.

Posteriormente, valendo-se da autorização conferida pelo Decreto nº 2.194, de 07/04/97, o Secretário da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997, **in verbis**:

“O Secretário da Receita Federal, no uso de suas atribuições, e em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997,

Resolve:

Art. 1º Fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao Imposto de Renda na fonte sobre o lucro líquido, de

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

que trata o art. 35. da Lei nº 7.713, de 2 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.

Parágrafo único - O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Art. 2º Ficam os Delegados e Inspetores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que trata o artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito da Fazenda Nacional.

Art. 3º Caso os créditos de natureza tributária, oriundos de lançamentos efetuados em desacordo com o disposto no art. 1º, estejam pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.

Art. 4º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica às empresas individuais.

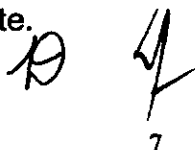
Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

*Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário. **

Na doutrina, ensina Marcelo Fortes de Cerqueira em sua obra *Repetição do Indébito Tributário*, ed. 2000, pág. 351:

“É a partir do reconhecimento formal, por ato administrativo ou judicial, da ocorrência do evento do pagamento indevido que o direito à repetição ganha sua verdadeira magnitude. Ou seja, a norma geral e abstrata da repetição precisa ser aplicada ao caso concreto, por intermédio de ato administrativo ou judicial que a faça incidir. Em decorrência disso, surge a norma individual e concreta na qual é reconhecido o direito do particular à devolução das quantias indevidamente recolhidas a título de tributo”.

Já dizia o saudoso mestre Agostinho Neves de Arruda Alvim que o fundamento da decadência e da prescrição é a paz social, uma vez que as coisas não se podem arrastar indefinidamente.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

Também o ilustre publicista Alexandre Barros Castro ensina:

“Decadência e prescrição

*Ambos os institutos são próprios do Direito Civil, fundamentando-se notadamente no brocardo romano **dormientibus non succurrit jus**, ou seja, o direito positivo não socorre aos que permanecem inertes durante longo intertício temporal, sem proteger seus direitos.”*

Aliás, este posicionamento está brilhantemente defendido pelo emérito Conselheiro-relator José Henrique Longo no Acórdão nº 108-6.283, que com a máxima vênha peço para fazer sua transcrição, que ao analisar o artigo 168 do CTN, assim entendeu:

“...

Porém, esse prazo assinalado em lei deve ter início a contar de determinadas situações. O art. 168 do CTN procura abrange-las:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Todavia, nos incisos do mencionado dispositivo do CTN (nem no art. 165), não está abrangida a hipótese em testilha. De fato, conforme demonstrado no voto de Natanael (Acórdão nº 108-05.791) , com suporte na doutrina atual, o CTN não contemplou a hipótese em que o STF declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica; e a essa situação merece ser aplicada a analogia de modo que o prazo quinquenal para pleitear a restituição do indébito com fundamento na inconstitucionalidade estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal tem início: a) nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito “erga omnes”) a contar da publicação da decisão do STF; e b) nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito “inter pares”) a contar da publicação da Resolução do Senado Federal que excluir do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo STF.

O Código Tributário Nacional estabelece prazo para a restituição do indébito com fundamento em que o pagamento indevido se opera

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

quando alguém, posto na condição de sujeito passivo, recolhe uma suposta dívida tributária, tal qual o art. 964 do Código Civil (todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir). Portanto, na restituição do indébito, não se cuida de tributo, mas de valor recolhido indevidamente a esse título. Então, por ocasião do pagamento (indevido), não existia obrigação tributária, e, de igual modo, inexistia sujeito ativo, sujeito passivo, nem tributo devido; é a "situação fática não litigiosa" mencionada por Minatel como as hipóteses enumeradas nos incisos I e II do art. 165 do CTN, que se voltam para as constatações de erros, para cujas restituições não há qualquer óbice ou entrave, de modo que o prazo para o exercício do direito à restituição flui imediatamente.

Essa hipótese é diferente da aqui tratada, pois aquela é relativa a caso em que não se discute a validade da norma jurídica que suportou a exigência fiscal. Veja trecho do voto de José Antonio Minatel no mesmo voto do julgamento acima mencionado:

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito.

Luciano Amaro é feliz na preleção sobre a falta de regulamentação pelo CTN de outras situações de restituibilidade, com crítica de que o Código perde-se em descrever casuisticamente situações de cabimento do pedido de restituição do indébito tributário no seu art. 165.

É uma das hipóteses de falta de regulamentação a situação de declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, em que, até então, existiam sujeito ativo, sujeito passivo, relação jurídica e crédito tributário. Somente com a publicação da inconstitucionalidade (por decisão do STF ou por Resolução do Senado Federal), e, por consequência, com o novo status de invalidade da norma jurídica que ensejou o recolhimento do valor indevido, é que nasce o direito dos contribuintes que recolheram de pleitear a sua restituição."

Assim, ensina Ricardo Lobo Torres em sua brilhante obra "Restituição de Tributos", pág. 169:

"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos data do trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida "incidenter tantum" pelo STF"

D

H

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 10166.021447/97-99
Acórdão nº : 106-13.423

Assim, concluo que nos termos do fundamento do pedido de restituição do indébito, o prazo de decadência ao direito de pleitear a restituição do valor indevidamente pago a título de tributo, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, tem início com a Resolução do Senado Federal, efetivada pela Resolução nº 11/95.

Quanto ao pedido para que superada a questão acerca do prazo para o exercício do direito de restituição, seja de imediato reconhecido o direito creditório do contribuinte. Entendo que a matéria em litígio é a decadência ou não do direito de o contribuinte solicitar sua restituição. O mérito, quanto aos demais aspectos que determinam se o pedido é ou não procedente, não foi nem ao menos analisado pela Delegacia da Receita Federal de origem.

Assim, e de todo o exposto, voto no sentido de afastar a decadência, reconhecendo à recorrente o direito de pleitear a restituição e retornar os autos à repartição de origem para a análise de mérito em questão, em relação ao recolhimento efetuado em 30/04/1991, Darf de fl. 02.

Sala das Sessões - DF, em 02 de julho de 2003.


LUIZ ANTONIO DE PAULA

