



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10830.003335/2002-31
Recurso nº 150.112 Voluntário
Acórdão nº 3805-00.007 – 5ª Turma Especial
Sessão de 19 de março de 2009
Matéria IRF/ILL
Recorrente SUPERMERCADO BEIRÃO LTDA
Recorrida 4ª TURMA/DRJ -CAMPINAS

Assunto: IRRF - ILL

DATA DO FATO GERADOR: 30/04/1990, 31/01/1991, 28/02/1991, 27/03/1991, 30/04/1991, 28/02/1992, 18/03/1992, 31/03/1992, 31/07/1992, 31/08/1992, 30/09/1992, 30/10/1992, 30/11/1992, 30/12/1992, 29/01/1993.

DECADÊNCIA – PRAZO A QUO – RESOLUÇÃO DO SENADO Nº 82/1996

A Resolução do Senado Federal nº. 82/1996, que ratificou a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 172.058-1/SC, é o termo *a quo* de contagem do prazo decadencial de pedido que venha a pleitear a restituição do ILL, conforme observado na Instrução Normativa SRF nº. 63/1997.

NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA

Sendo certo que no primeiro julgamento este Egrégio Conselho de Contribuintes afastou a decadência suscitada pela Fiscalização, o julgador de primeira instância, no segundo julgamento, deveria reanalisar toda a matéria, excluindo-se tão-somente a questão da decadência já analisada. Portanto, se mostra perfeitamente possível que a nova decisão de primeira instância preveja diferente fundamentação para negar o pedido do contribuinte,

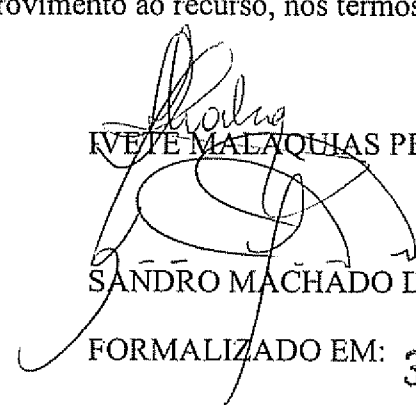
IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - DISPONIBILIDADE JURÍDICA DOS LUCROS - CONSTITUCIONALIDADE

Prescinde o Recorrente da realização de qualquer assembléia para tratar da distribuição de seus lucros, eis que há cláusula no seu Contrato Social que disciplina a matéria, razão pela qual não é aplicada à espécie a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do ILL, uma vez que inexistente a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/1988 nesta hipótese.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Quinta Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.


IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO - Presidente

SÂNDRO MACHADO DOS REIS – Relator

FORMALIZADO EM: 30 JUL 2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Rubens Maurício Carvalho, Sandro Machado dos Reis e Sidney Ferro Barros.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição, apresentado em 8 de abril de 2002, referente ao Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido (ILL), dos anos de 1989 a 1992 (fls. 1 e 15)

A autoridade fiscal indeferiu o pedido (fls. 45/46), sob a fundamentação de que o direito de a contribuinte pleitear a restituição do imposto estaria extinto, pois o prazo para repetição de indébitos, inclusive aqueles relativos a tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), seria de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26 de novembro de 1999.

Cientificada da decisão em 10/03/2005, a contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade ao despacho decisório, em 29/03/2005 (fls. 49/72), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

a) a impugnante pleiteou a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de Imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, com fundamento na decisão do STF, que reconheceu a inconstitucionalidade da exigência instituída pelo artigo 35, da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988, e cuja eficácia foi conferida "*erga omnes*" pela Resolução n.º 82, de 18 de novembro de 1996, do Senado Federal;

b) o pedido foi indeferido pela DRF/Campinas, tendo como fundamento o Ato Declaratório n.º 96, de 26 de novembro de 1999, que prescreve: "*O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art. 168, I, do CTN).*";

c) o citado Ato Declaratório não esclarece quando ocorre a extinção do crédito tributário, tendo a Repartição local fixado a data do recolhimento de cada DARF, com vistas a suprir essa lacuna;

d) é questionável se a data de recolhimento do tributo corresponde à data de extinção do crédito tributário, posto que entre ambas, no mínimo, deve haver a homologação. De qualquer modo, a tese do referido ato declaratório, por não ter respaldo doutrinário, além de contrariar jurisprudência pacífica do Poder Judiciário, foi rechaçada pelo Conselho de Contribuintes e até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, como se demonstrará;

e) o Ato Declaratório nº 96, de 1999, traduz, indiscutivelmente, uma mudança do entendimento oficial sobre a definição do termo inicial de decadência na repetição de indébito tributário, pois o Parecer COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998, tinha um posicionamento bem diferente do defendido pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538, de 28 de setembro de 1999, em que se apoia o citado ato declaratório;

f) dispõe o citado Ato Declaratório que *“o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).”*;

g) a SRF submeteu-se à deliberação advinda da PGFN através do Parecer 1538, de 1999, que consigna vários pontos questionáveis, como a conclusão de que a aplicação do efeito *“ex-tunc”* às decisões do STF ou Resolução do Senado contraria o princípio da segurança jurídica.

h) também a conclusão sobre prazos decadenciais e prescricionais é contestável. Não há nenhum impedimento que essa matéria seja tratada em lei ordinária, desde que observados os balizamentos do CTN que, no seu artigo 150, § 4º;

i) a terceira conclusão do Parecer PGFN 1538, de 1999, deve ser analisada em conjunto com o item 43, do mesmo documento: A conclusão da PGFN de equivalência entre a situação verificada diante de uma norma inconstitucional e a verificada diante da aplicação errada de uma lei válida, é impertinente; de fato, o controle sobre a aplicação equivocada da lei válida se insere no campo de ação do contribuinte, já a inconstitucionalidade depende do Poder Judiciário;

j) a quarta conclusão do Parecer 1538, de 1999, evidencia a fragilidade do seu conteúdo, ao propugnar pelo recurso extraordinário ao STF para tentar alterar a jurisprudência;

l) o art. 77, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, autoriza o Poder Executivo a não aplicar os dispositivos declarados inconstitucionais, no que é corroborado pelo Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, cujo artigo 4º permite que o Secretário da Receita Federal e também o Procurador-Geral da Fazenda Nacional adotem, no âmbito de suas competências, o entendimento materializado nas decisões definitivas do STF que declarem a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo; exemplos são o PGFN/CRJ/Nº 1.278, de 28 de agosto de 1998, e a IN SRF nº 165, de 31 de dezembro de 1998;

m) no caso do ILL, a SRF editou a IN-SRF nº 63, de 24 de julho de 1997, da qual reproduz alguns artigos, para dar tratamento uniforme a todos os contribuintes, cancelando, inclusive de ofício, exigências contidas em lançamentos ainda pendentes de pagamento;

n) além do acórdão citado anteriormente, no qual o relator estabeleceu com precisão a distinção entre o pagamento indevido exteriorizado por uma situação de fato e por uma situação jurídica, o Poder Judiciário tem entendimento cristalizado sobre o efeito “*extunc*” das declarações de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo;

o) constata-se a mesma solidez no tocante à definição do termo inicial para o exercício do direito à repetição de indébito, conforme acórdãos, cujas ementas reproduz;

p) transcrevendo novas ementas de acórdãos, desta vez do Conselho de Contribuintes, afirma que o prazo decadencial para as empresas constituídas sob a forma de sociedade limitada só tem início com a edição da Instrução Normativa nº 63, de 1997, publicada no DOU em 25 de julho de 1997;

q) no caso vertente, o pedido de restituição é datado de 8 de abril de 2002, ou seja, a restituição foi requerida dentro dos cinco anos contados da edição da norma que fez exsurgir o direito à repetição do indébito;

r) Ainda, o STJ tem entendimento de que a extinção do crédito tributário se dá num prazo máximo de 10 (dez) anos, sendo que o prazo de decadência se conta a partir da homologação do lançamento; tal entendimento tem ressonância no Conselho de Contribuintes e Superior Tribunal de Justiça, conforme Acórdãos, cujas ementas traz à colação;

t) assevera que a Administração Pública reconhece o direito à restituição dos tributos declarados inconstitucionais, consoante se pode confirmar pelas razões do veto presidencial ao § 1º, do artigo 1º, da Lei nº 10.763, de 15 de setembro de 2003, que pretendia restringir o direito à restituição de valores recolhidos a título de Contribuição Previdenciária;

Requer, ao final, seja reformulado o despacho que determinou o indeferimento da restituição pleiteada, restabelecendo o seu direito à repetição dos indébitos tributários, com a atualização monetária prevista em lei, acrescidos da Taxa Selic a partir de 01/01/1996.

A autoridade julgadora de primeira instância, através de fls. 131/134, vota no sentido de se conhecer da manifestação de inconformidade, por tempestiva, para, no mérito, indeferir a solicitação da contribuinte, ratificando, assim, o Despacho Decisório da DRF/Campinas, conforme ementa da decisão abaixo transcrita.

Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 30/04/1990, 31/01/1991, 28/02/1991, 27/03/1991, 30/04/1991, 28/02/1992, 18/03/1992, 31/03/1992, 31/07/1992, 31/08/1992, 30/09/1992, 30/10/1992, 30/11/1992, 30/12/1992, 29/01/1993

Ementa. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/1999. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 96, de 1999, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida

Inconformado com a r. decisão, o contribuinte interpôs recurso voluntário de fls.137/145, requerendo o reconhecimento do direito à restituições dos pagamentos indevidos efetuados a título de ILL, nos valores devidamente comprovados no presente processo, com a atualização monetária acrescidos da Taxa Selic, pelas mesmas razões de sua peça impugnatória.

É o relatório.

Voto

O Recurso Voluntário atende aos pressupostos genéricos de tempestividade e regularidade formal, merecendo a sua admissibilidade.

Como visto, trata-se de pedido de restituição efetuado pelo Recorrente, no ano de 2002, pleiteando a restituição do ILL recolhido nos anos-calendários de 1990, 1991, 1992 e 1993, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade quanto à cobrança deste tributo prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 172.058-1/SC e ratificada pela Resolução do Senado Federal nº. 82/1996, termo *a quo* de contagem do prazo decadencial, e posteriormente pela Instrução Normativa SRF nº. 63/1997.

Ultrapassada a questão concernente à decadência do direito à restituição, a decisão recorrida indeferiu o pedido do Recorrente sob o único argumento de que o contrato social do mesmo previa a automática distribuição de lucros, sendo certo que só poderão se valer da restituição de tal contribuição, nos termos da IN acima mencionada, aquelas empresas cujos atos constitutivos não previsssem a disponibilidade econômica ou jurídica imediata ao sócio cotista do lucro líquido apurado em determinado exercício.

Primeiramente, quanto ao argumento do Recorrente de que a decisão atacada é nula, por alterar seu fundamento jurídico, entendemos que o mesmo não deve prosperar na medida em que o primeiro julgamento realizado por este Egrégio Conselho de Contribuintes, ao analisar tal processo, afastou a decadência suscitada pela Fiscalização, determinando que a mesma analisasse todos os demais fundamentos do processo.

Nesse passo, uma vez que o julgador de primeira instância deveria reanalisar toda a matéria, excluindo-se tão-somente a questão da decadência, é perfeitamente possível que preveja nova fundamentação para negar o pedido do contribuinte, haja vista que tal ponto ainda não houvera sido analisado, por ter vislumbrado à época a decadência quanto ao direito do contribuinte pleitear sua restituição.

Passo adiante, em análise ao Contrato Social do Recorrente apuramos que o mesmo dispõe, em sua cláusula 4ª, no seguinte sentido:

“4ª) Os lucros ou prejuízos, verificados em balanços anuais encerrados em 31 de dezembro de cada ano, serão divididos ou suportados pelos sócios, proporcionalmente às quotas de capital de cada um.”



Percebe-se pela leitura da cláusula acima que a mesma prevê a imediata distribuição dos lucros auferidos pela sociedade ao final do exercício, não fazendo menção a necessidade de realização de qualquer assembléia prévia para tratar da distribuição dos lucros.

Vale dizer que, ao contrário do defendido pelo Recorrente, não é omissa seu Contrato Social quanto à distribuição de lucros, motivo pelo qual não há que se falar em subsidiária aplicação do Código Comercial, o qual determinava a realização de Assembléia Geral para que distribuição dos lucros.

Nesse sentido, eis que no caso concreto prescinde o Recorrente da realização de qualquer assembléia para tratar da distribuição de seus lucros, eis que a cláusula acima de seu Contrato Social já disciplina a matéria, entendemos no sentido de que não é aplicada à espécie a decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade do ILL, pelo que inexistente a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/1988 no caso presente.

A propósito, sobre a matéria já se pronunciou reiteradas vezes este Egrégio Conselho de Contribuintes:

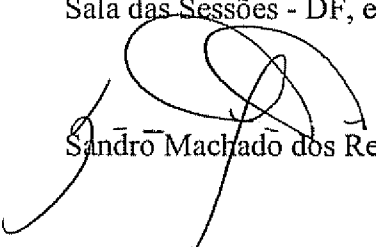
“IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE POR QUOTAS - CONSTITUCIONALIDADE - O Supremo Tribunal Federal, em interpretação conforme a Constituição, reconheceu a constitucionalidade da exigência do Imposto sobre o Lucro Líquido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, salvo quando o contrato social não estipular a imediata disponibilidade dos lucros para os sócios. Quando o contrato social prevê que, ao final de cada exercício, os lucros serão distribuídos aos sócios, sem nenhuma restrição ou condição, resta caracterizada a disponibilidade jurídica dos lucros e, nesse caso, não há inconstitucionalidade na aplicação do art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988. Recurso negado.”¹

Em sendo assim, uma vez que não preenchidos pelo Recorrente todos os requisitos necessários para se valer da restituição pleiteada, impende que seja mantida a decisão recorrida.

Por todo o exposto, voto no sentido de **negar provimento ao recurso**, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 19 de março de 2009


Sandro Machado dos Reis

¹ Conselho de Contribuintes Federal, Quarta Câmara, RV 143.881, Relator Pedro Paulo Pereira Barbosa, sessão de 24/05/2007