



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Recurso nº. : 150.108
Matéria : IRF/LL - Anos(s): 1991
Recorrente : MINASA TRADING INTERNATIONAL S.A.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP
Sessão de : 27 de julho de 2006
Acórdão nº. : 104-21.763

ILL - 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 publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; na data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; ou na 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. Tratando-se do ILL de sociedade anônima, o reconhecimento deu-se através da edição da Resolução nº. 82/96, do Senado Federal, publicada em 19/11/96. Assim, não tendo transcorrido entre a data da publicação da Resolução do Senado 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 do imposto sobre o lucro líquido pago indevidamente.

Recurso provido.

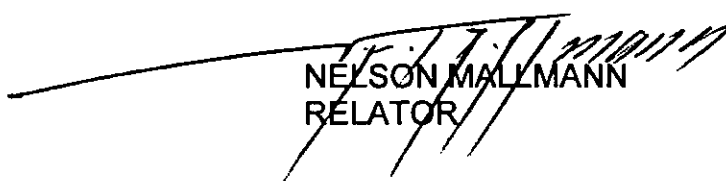
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MINASA TRADING INTERNATIONAL S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Helena Cotta Cardozo, que mantinham a decadência.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 1.8 AGO 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, HELOÍSA GUARITA SOUZA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, GUSTAVO LIAN HADDAD e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

Recurso nº. : 150.108
Recorrente : MINASA TRADING INTERNATIONAL S.A.

RELATÓRIO

MINASA TRADING INTERNATIONAL S.A., contribuinte inscrita no CNPJ sob o nº. 47.498.288/0001-01, com domicílio fiscal no município de Campinas, Estado de São Paulo, à Rua Barão de Paranapanema, nº. 146, bloco A, 8º andar, Bairro Bosque, jurisdicionado a DRF em Campinas - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 67/73, prolatada pela Quarta Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 76/92.

A requerente apresentou, em 22/10/01 pedido de restituição de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, relativo ao ano-base (período de apuração) de 1990, cujo valor, devidamente atualizado pela UFIR e com acréscimo da Taxa Selic, soma a importância de R\$ 511.767,64.

De acordo com a Portaria SRF nº. 4.980/94, a DRF em Campinas - SP, através do Serviço de Orientação e Análise Tributária - SEORT, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base, em síntese, nas seguintes argumentações:

- que em função das características da solicitação, torna-se essencial observar o disposto na Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1996, denominada Código tributário Nacional - CTN, quanto à definição de pagamento indevido e sobre a decadência do direito de repetição de indébito, explicitado em seus artigos 165 e 168;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

- que o Ato Declaratório SRF nº. 96, de 26/11/99, dispõe sobre o prazo para a repetição de indébito relativa a tributo ou contribuição pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício dos controles difuso e concentrado;

- que uma das formas de extinção do crédito tributário, previstas no artigo 156 do CTN, é o pagamento. No caso específico, o pagamento foi efetuado em 30/04/90, conforme verifica-se no DARF à fl. 06, e o pedido de restituição se deu em 22/10/2001, data da formalização do presente processo. Fica claro, portanto, que para os recolhimentos efetuados anteriormente a 22/10/1996, no caso todos, já houve a decadência do direito de se pleitear a restituição, pois decorreu mais de cinco anos entre a data de pagamento e a data do pedido. O prazo de cinco anos a partir do pagamento é um prazo de decadência, que fulmina o direito de pleitear o retorno. Manifestada a inércia do administrado durante aquele período, acontece, inapelavelmente, o fato jurídico da decadência ou caducidade, extintivo do seu direito.

Irresignada com a decisão da autoridade administrativa singular, a requerente apresenta, tempestivamente, em 01/04/05, a sua Manifestação de Inconformidade de fls. 39/58, instruído com os documentos de fls. 59/62, solicitando que seja revisto a decisão para declarar procedente o pedido de restituição, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que na realidade, o ato praticado pela Autoridade local está apoiado no questionável Ato Declaratório SRF nº. 96, de 1999, que pretende impor a tese de que o prazo para restituição, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, extingue-se após o transcurso de cinco anos contados da data da extinção do respectivo crédito tributário;

- que 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

homologação. Seja como for, tem-se como certo que a tese levantada pelo malfadado Ato Declaratório SRF nº. 96/99, por não ter respaldo doutrinário e por contrariar jurisprudência pacífica do Poder Judiciário, foi rechaçada pelo Egrégio Conselho de Contribuintes e até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ;

- que devolver um tributo indevidamente recebido é uma situação jurídica perfeitamente reversível, cuja correção não agride o princípio da segurança jurídica. Aliás, diante do princípio da moralidade administrativa previsto no artigo 37 da Constituição de 1988, essa correção torna-se imperativa. Ademais, atenuar ou obter “o arbitramento do efeito retroativo” da cláusula *ex tunc* significa trazer para o campo tributário, cujos atos são rigorosamente vinculados, particularidades só aplicáveis aos atos discricionários. Com efeito, o “abrandamento” exige juízo de oportunidade e conveniência, incompatível com uma obrigação de cunho patrimonial e compulsória. A prevalecer esse entendimento, o agente fiscal, na qualidade de aplicador da lei, poderia, a seu juízo, dimensionar o valor do crédito tributário a ser lançado;

- que as decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes determinam que o prazo decadencial para as empresas constituídas sob a forma de sociedade anônima só tem início com a edição da Resolução do Senado Federal nº. 82096, publicada no DOU em 22 de novembro de 1996. No caso, o pedido de restituição é datado de 22 de outubro de 2001, ou seja, a restituição foi requerida dentro dos cinco anos contados da edição da norma que fez exsurgir o direito à repetição do indébito.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição e as razões de inconformidade apresentadas pela requerente, a Quarta Turma de Julgamento da DRJ em Campinas - SP, resolveu julgar improcedente a reclamação apresentada contra a decisão da DRF em Campinas - SP, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que constata-se que o pedido de restituição, protocolizado em 22 de outubro de 2001, foi indeferido sob a fundamentação de que o recolhimento efetivado a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

título de ILL, relativo ao período de apuração de 1990, não poderia ser repetido, pois estaria extinto o direito à restituição do valor, por ter transcorrido mais de cinco anos entre o recolhimento e o protocolo do pedido;

- que a controvérsia restringe-se à interpretação a ser dada aos dispositivos do Código Tributário Nacional que tratam da contagem do prazo dentro do qual se pode exercitar o direito à restituição de indébito;

- que, contudo, essa questão está uniformizada no âmbito desta Secretaria, haja vista que o Secretário da Receita Federal editou o Ato Declaratório nº. 96, de 1999, a cuja observância estão todos os seus servidores obrigados. Este ato alinha-se à interpretação dada à matéria pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, por sua vez, estriba-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que a declaração de inconstitucionalidade não faz nascer novo prazo de repetição e de que tal prazo, para efeito de restituição de tributos, finda com o decurso de cinco anos contados da data do pagamento;

- que, no presente caso, o recolhimento foi efetuado em 30/04/91, enquanto que o pedido de restituição tem a data de 22/10/2001, confirmando-se a existência de lapso temporal superior a cinco anos entre o recolhimento e o pedido de repetição de indébito tributário;

- que quanto à referência a entendimentos exarados em decisões prolatadas pelo Judiciário, principalmente com relação à tese dos 10 anos (cinco para homologação mais cinco anos para requerer a restituição), vale lembrar que o posicionamento nelas expresso sobre a matéria fica restrito às partes integrantes do processo judicial, não cabendo a extensão dos efeitos jurídicos de eventual decisão ao presente caso;

- que em relação aos julgados do Conselho de Contribuintes que a interessada entende virem de encontro da tese da defesa, cumpre observar que as decisões

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

daquele colegiado não constituem normas complementares da legislação tributária, porquanto não existe lei que lhes confira efetividade de caráter normativo.

A presente decisão está consubstanciada na seguinte ementa:

"Assunto: Normas de Administração Tributária

Data do fato gerador: 30/04/1991

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 sujeitos à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida."

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 13/12/05, conforme Termo constante às fls. 74/75, e, com ela não se conformando, a requerente interpôs, em tempo hábil (04/01/06), o recurso voluntário de fls. 76/92, instruído pelos documentos de fls. 93/94, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

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 a 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 a 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. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº. 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia, no que diz respeito à expressão “o acionista”, foi suspensa pela Resolução do Senado Federal nº. 82/96, em 18/11/96, entende a suplicante que está enquadrada numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional, já que a sua sociedade está estruturada numa sociedade anônima, razão pela qual o início do prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal.

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 ou reconhecidos como indevidos pela própria administração tributária.

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 à 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.

Diz o Código Tributário Nacional:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...).

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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário;"

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº. 3.000, de 26 de março de 1999:

"Art. 900. O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I - da data do pagamento ou recolhimento indevido;"

Entretanto, no caso dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria. Ou seja, se faz necessário verificar de forma específica se em casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo supremo tribunal ou quando a administração tributária reconhece a não incidência de determinado tributo, o prazo decadencial, para pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente, seguiriam a regra geral acima mencionada.

Assim, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, o termo inicial não poderá ser o momento da extinção do crédito 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 pela requerente eram

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, a suplicante agiu 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, sem 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.

Não há dúvidas, que 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 à 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.

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Ora, se para as situações conflituosas o próprio CTN no seu artigo 168 entende que deve ser contado do momento em que o conflito é sanado, seja por meio de acórdão proferido em ADIN; seja por meio de edição de Resolução do Senado Federal dando efeito *erga omnes* a decisão proferida em controle difuso; ou por ato administrativo que reconheça o caráter indevido da cobrança.

Este é o entendimento já pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa se transcreve abaixo:

“DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.”

Admitir entendimento contrário é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que à Administração Tributária não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, determinando-se ao contribuinte socorrer-se perante o Poder Judiciário. O enriquecimento do Estado é ilícito porque é feito às custas de lei inconstitucional.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

A regra básica é a administração tributária devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-la a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução.

No caso específico questionado nos autos, qual seja, ILL para empresa sob forma de Sociedade por Ações, a contagem do termo inicial da decadência do direito de pleitear restituição ou compensação deve ser a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº. 82/96 (19/11/1996).

Ora, após sucessivos questionamentos judiciais, por parte de um sem número de contribuintes, acerca da incidência do aludido imposto, junto às várias esferas do Poder Judiciário, a questão finalmente chegou ao Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº. 172.058-SC, que, em sessão de julgamento pelo Tribunal Pleno, na data de 30 de junho de 1995, houve por bem declarar a inconstitucionalidade, em certas situações, do art. 35 da Lei nº. 7.713, de 1988.

É conclusivo, 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

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 à "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".

Observa-se, que toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que somente será inconstitucional a exigência do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido quando o contrato social for omissivo sobre a distribuição dos lucros, pois no caso aplicar-se-á o Código Comercial, e por decorrência a solução adotada para a expressão os acionistas, ou quando o contrato preveja, destinação dos lucros, independentemente da manifestação dos sócios, outra que não a sua 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, de 1988, 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.

Por outro lado, em decorrência de tal decisão, o Senado Federal, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal editou a Resolução nº. 82, de 18/11/96, que suspendeu a execução do artigo 35 da referida Lei Federal nº. 7.713, de 1988, nos seguintes precisos termos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

“O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa à 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.”

Não há dúvidas, nos autos, que os valores foram pagos em face do disposto no art. 35 da lei nº. 7.713/88, que teve sua execução suspensa pela Resolução nº. 82/1996, do Senado Federal, em decorrência de declaração de inconstitucionalidade por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, o prazo decadencial do direito de pleitear a repetição do indébito, no caso de tributo declarado inconstitucional, inicia-se no momento em que a exação é reconhecida como indevida.

Nestes casos, não há como se admitir a decadência do direito de pleitear à restituição / compensação a partir da extinção do crédito tributário, conforme preconizado no art. 168, inciso I, do CTN, justamente pelo fato de que a lesão ao direito da contribuinte se consolidou somente com o trânsito em julgado da decisão que afastou a obrigação de recolher o imposto sobre o lucro líquido, tendo em vista a declarada inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº. 7.713, de 1988, o mesmo raciocínio se aplica para o ato administrativo (IN SRF nº. 63/97) que estendeu a suspensão do art. 35 as sociedades por quotas nos casos em que o contrato social, da data do encerramento do período-base da apuração, não previa disponibilidade econômica ou jurídica, do lucro líquido apurado.

Em conclusão, entendo que 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 publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

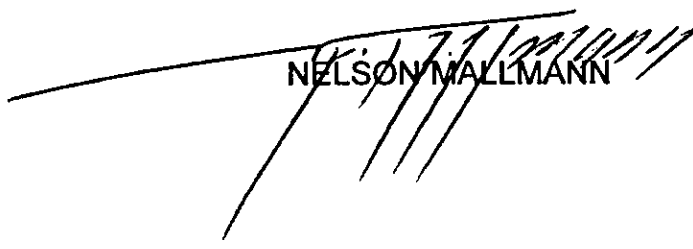
Processo nº. : 10830.006623/2001-66
Acórdão nº. : 104-21.763

da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; 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.

Assim sendo, entendo que não ocorreu à decadência do direito de pleitear a restituição já que o ato que reconhece caráter indevido de exação tributária ocorreu em 19/11/1996 (Resolução do Senado nº. 82/96) e o pedido de restituição foi protocolado em 22 de outubro de 2001.

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de DAR provimento ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear restituição e determinar o retorno a DRJ de origem para enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 27 de julho de 2006



NELSON MALLMANN