



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Recurso nº. : 150.366
Matéria : IRF/LL - Ano(s): 1989 e 1990
Recorrente : ORTOVEL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 25 de maio de 2006
Acórdão nº. : 104-21.625

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - Conta-se a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82/96, em 19 de novembro de 1996, o prazo para a apresentação de requerimento para restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido (ILL), inclusive para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ORTOVEL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Nelson Mallmann, Heloísa Guarita Souza e Gustavo Lian Haddad, que afastavam a decadência. Os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa e Maria Helena Cotta Cardozo votaram pela conclusão.

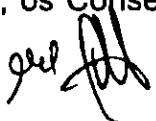

MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR
RELATOR

FORMALIZADO EM: 01 AGO 2006

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO e REMIS ALMEIDA ESTOL. 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

Recurso nº. : 150.366
Recorrente : ORTOVEL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.

RELATÓRIO

1 - A empresa contribuinte Ortovel Veículos e Peças Ltda. apresentou pedido de restituição (fl. 1), cumulado com compensação (fls. 45) de indébitos do imposto de renda na fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), instituído pela Lei nº 7.713/88, art. 35, que foi declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo o Senado Federal, por meio da Resolução nº 82/96, determinado a suspensão da execução do citado artigo 35, no tocante à expressão "acionista" nele contida.

2 - Instruem o processo as seguintes peças principais:

2.1 - fls. 2 - Guias de Recolhimento;

2.2 - fls. 3 - Demonstrativo;

2.3 - fls. 04/44 - Documentos variados;

2.4 - fls. 55/57 - Despacho Decisório;

2.5 - fls. 59 - AR que deu ciência do Despacho Decisório datado de 07/08/2002;

2.6 - fls. 61/66 - Impugnação do mencionado Despacho;

2.7 - fls. 127/130 - Acórdão da DRJ de Ribeirão Preto - SP;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

2.8 - fls. 132 - AR que deu ciência do referido acórdão ao contribuinte;

2.9 - fls. 133/141 - Recurso Voluntário a atacando a supracitada decisão;

2.10 - fls. 142/143 - Relação de bens e direitos para arrolamento;

3 - Aos 10/07/2002, a Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto-SP indeferiu o pleito elaborado pelo contribuinte, por meio do Despacho Decisório de fls. 55/57, por entender que:

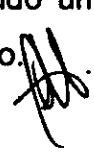
a) Em decorrência da declaração parcial de inconstitucionalidade proferida pelo STF, a expansão dos seus efeitos para as sociedades limitadas estaria subordinada a comprovação, por meio do contrato social, de que os lucros auferidos teriam destinação diversa da distribuição, independente da vontade dos sócios;

b) alegou que tal comprovação não fora cabalmente demonstrada pelo contribuinte, uma vez que este não apresentou qual foi a destinação dada, à época, aos lucros que a empresa auferiu;

c) consignou que decisões declaratórias de inconstitucionalidade quando ratificadas pelo Senado Federal através das Resoluções, não têm o condão de suspender ou interromper prazos prescricionais;

d) fez uma breve análise de alguns artigos do CTN, concluindo que este preceitua que o direito à restituição de pagamentos indevidos prescreve com o transcurso do prazo de 5 anos, a contar da data do pagamento tido como supostamente indevido;

e) ante tal argumentação, indeferiu o pedido apresentado reconhecendo a prescrição do direito, haja vista haver transcorrido um prazo de mais de 5 anos entre os pagamentos efetuados e a apresentação do pleito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

4 - Devidamente cientificado acerca do teor do supramencionado Despacho Decisório em 07/08/02, o contribuinte apresentou sua Impugnação, na data de 02/09/2002, estribando a sua irresignabilidade, em suma, nos seguintes argumentos:

a) Consignou que, consoante as alterações contratuais constantes do processo, o lucro auferido em 1989 e em 1990 foi destinado ao aumento de Capital Social da empresa;

b) concluiu, portanto, que os proventos obtidos com a sua atividade comercial nos citados anos não foi distribuído entre os sócios;

c) afirmou que o egrégio Conselho de Contribuintes vem se manifestando de forma diversa da fundamentação exposta na decisão atacada, no tocante ao prazo decadencial. Afirmou que, no entendimento deste ilustre colegiado, o prazo decadencial para pleitear a repetição de indébito, no caso de tributo declarado inconstitucional, inicia-se no momento em que a exação é reconhecida como indevida;

d) declarou que, nesse sentido, a Resolução do Senado nº 82/96 não atingiu o ILL de sociedades por quotas, e que o reconhecimento do caráter indevido de tal exação para estas sociedades somente ocorreu com a edição da Instrução Normativa SRF nº 63/97, que foi publicada no DOU de 25/07/07. Citou jurisprudência buscando corroborar tal entendimento;

e) ao final, requereu o recebimento da Impugnação com a conseqüente reforma do Despacho Decisório, acolhendo, portanto, o pedido apresentado.

5 - Em 16 de dezembro de 2005, os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP decidiram (fls. 127/130), por unanimidade de votos, pelo indeferimento da solicitação elaborada, nos termos do voto da Ilmª Relatora e Presidente, que entendeu, resumidamente, que



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

a) Alegou que o art. 35 da Lei nº 7.713/88, foi considerado constitucional com relação às empresas individuais e sociedades por quotas de responsabilidade limitada (caso do contribuinte), exceto se, no período de incidência do imposto, houvesse a previsão, em contrato social, de destinação dos lucros diversa da distribuição independentemente da vontade dos sócios;

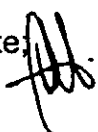
b) nessa senda, afirmou que a cláusula nona do Contrato Social de fl. 7, determinou que os lucros apurados teriam a destinação que melhor conviesse aos sócios. No entanto, reconheceu que as alterações contratuais constantes das fls. 18/23 comprovam a não distribuição de parte do lucro nos anos 1989 e 1990, nos valores de Cr\$ 3.863.192,91 e Cr\$ 46.780.059,49, respectivamente;

c) fez uma breve análise dos arts. 165, 168 e 156 do CTN, concluindo que o direito para pleitear a restituição extingue-se com o transcurso do prazo de cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, que, no entendimento do AD SRF 96/1999, seria o pagamento;

d) mencionou o ilustre doutrinador Estevão Horvath e o AD SRF nº 96/1999, visando fortalecer a sua fundamentação;

e) consignou que o Ato Declaratório 96/99, cuja fundamentação provém do Parecer PGFN/CAT nº 1.538 de 1999, vinculam as decisões daquela instância administrativa, não podendo, portanto, deixar de aplicar o mencionado ato;

f) reconheceu a extinção do direito à restituição, em virtude do transcurso de mais de 5 anos entre a data do pagamento e a apresentação do pedido elaborado pelo contribuinte;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

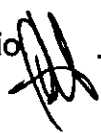
g) por fim, elidiu as jurisprudências citadas, em razão das mesmas não vincularem a decisão daquela instância, tendo em vista que tais decisões somente geram efeitos entre as partes daqueles processos.

6 - Cientificado em 30/01/2006, o contribuinte, irresignada, apresentou, **intempestivamente**, em 30/03/2006, Recurso Voluntário dirigido a este egrégio Conselho de Contribuintes reiterando as razões expostas na sua Impugnação, as quais já foram devidamente explicitadas no item 4 do presente relatório, aditando que:

a) Inicialmente, ponderou que o próprio acórdão reconheceu que foi dada destinação diversa à distribuição dos lucros entre os sócios, restando superada, portanto, a discussão acerca da falta de comprovação da destinação dos lucros auferidos pela empresa;

b) alegou que o termo inicial para o prazo prescricional do direito à restituição e/ou compensação é a data do ato administrativo que reconhece o caráter indevido da exação tributária, e que no caso em tela, tal fato ocorreu com a publicação da IN SRF 63/1997, em 25/07/1997;

c) ao final, requereu o recebimento do Recurso, com a posterior reforma do Acórdão guerreado no sentido de que fosse dado deferimento ao pedido apresentado.

É o Relatório .

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

VOTO

Conselheiro OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

A questão em discussão nestes autos reside em saber se o recorrente exerceu a tempo seu direito de pedir restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte (ILL) nos termos do art. 35, da Lei nº 7.713/88.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sustentou a tese de que o prazo se extingue em 5 anos a contar da data da extinção do crédito tributário e, como entre a data do pedido, em 20/11/2001, e as datas dos pagamentos do tributo, ocorridas em 1991 a 1993, já haviam transcorrido mais de 5 anos, caminhou pelo indeferimento do pedido.

Sustenta o recorrente que o marco inicial para a contagem do prazo, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, seria a data da edição da Instrução Normativa n. 63/97 e, subsidiariamente, que mesmo aplicando a regra do art. 168, I do CTN (data da extinção do crédito tributário/pagamento), o termo inicial ocorreria na data da homologação do pagamento (5 anos após), com base no art. 150 do CTN.

De antemão, deixo consignado que as decisões do STF traduzidas no controle da constitucionalidade de leis somente se aplicam a todos os contribuintes se decididas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. É que neste caso, o controle



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

concentrado, como o próprio nome diz, tem por objetivo evitar diversas decisões esparsas sobre uma mesma norma.

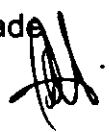
Mas, por outro lado, não se pode esquecer que nos casos de controle difuso, desde que haja superveniente Resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), a referida decisão passa a ter eficácia *erga omnes*.

É o que ocorreu no caso do art. 35, da Lei nº 7.713/88. Após o julgamento do STF, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo parcialmente a execução do dispositivo enfocado.

Por tal razão, tenho que somente a partir da publicação da aludida Resolução, em 19 de novembro de 1996, é que ficaram caracterizados como indevidos os pagamentos relativos ao ILL, o que é corroborado por farta jurisprudência deste Conselho, inclusive em relação às sociedades limitadas.

Quanto ao prazo decadencial ter início na data da publicação da IN SRF63/97, isso não é possível, pois, mesmo se tratando de uma empresa por quotas de responsabilidade limitada, o voto do relator Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 172.058, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que ensejou a edição da Resolução do Senado, já dispunha sobre as sociedades limitadas nas mesmas condições trazidas na referida Instrução Normativa (indisponibilidade imediata do lucro líquido aos sócios).

Desta forma, é de se concluir que os termos da Instrução Normativa nº 63/97, não passam de mero comando administrativo dirigido à própria administração, com o único propósito de instrumentalizar a conduta dos Auditores Fiscais que atuam em atividade



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

vinculada, jamais se podendo estender seu alcance para marcar um novo marco inicial para contagem de decadência.

Quanto à tese dos “cinco mais cinco”, cumpre demonstrar, passo a passo, que a sua aplicação importa na quebra de harmonia do sistema jurídico.

A discussão em si não está na decadência contada em cinco anos. O cerne da questão é o momento da extinção do crédito tributário, pois, somente a partir de então, contam-se os cinco anos do prazo decadencial.

Portanto, não há entendimentos discrepantes quanto ao prazo decadencial, este é de cinco anos. A divergência está justamente se estes cinco anos são contados a partir do pagamento indevido ou da homologação tácita, que ocorre em cinco anos.

Logo, a pergunta a ser respondida não é qual o prazo decadencial dos tributos (é de cinco anos), mas sim: qual é o momento da extinção do crédito tributário, para fins de restituição, envolvendo tributos sujeitos à homologação.

Sobre o tema, cumpre analisarmos os artigos 150, § 4º, 165, I e 168, I, do CTN (transcrevo):

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

.....
Art. 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 artigo 162, nos seguintes casos:

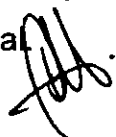
I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

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

Segundo a regra geral, tese que chamaremos de conservadora, o momento de extinção do crédito tributário é o pagamento indevido ou maior que o devido (artigo 165, I, c/c artigo 168, I).

Já a tese, que chamaremos de "moderna", conhecida como cinco mais cinco, entende que, somente ao final dos cinco anos que a administração tem para homologar expressamente o tributo, é que são contados os cinco anos do prazo decadencial.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

Em que pese a respeitável elaboração jurídica que cerca a tese dos cinco mais cinco, penso que a complexidade é aparente, ou seja, me parece que a questão é mais simples. Vejamos:

Premissa menor

- Trata a questão de prazo para a restituição de tributo.

Premissa maior

- Pagamento indevido enseja a restituição do tributo.

Conclusão

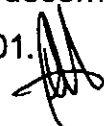
- Logo, o prazo para restituição é contado do pagamento indevido.

Assim, não há uma razão lógica para abandonar o “fato” (efetividade do pagamento) para adotar uma espera formal de cinco anos (homologação), para no final pretender a restituição.

Ainda há de se atentar para o fato de que, ainda que o pagamento seja indevido, não o torna mais especial do que o tributo devido e não cobrado pelo Fisco em cinco anos, não havendo justificativa plausível para que o contribuinte possua prazo em dobro.

Portanto, o prazo decadencial para a restituição do ILL teve início na data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82/1996, em 19/11/1996, mesmo para as empresas constituídas sob a forma de sociedade limitada.

De resto, aplicada a regra geral de contagem dos prazos, onde é excluído o dia inicial para ser incluído o dia final, temos que a contagem do prazo decadencial se iniciou em 20/11/1996, findando em 19/11/2001 e, portanto, já decorrido o prazo preclusivo, vez que o pedido da interessada foi protocolizado em 20/11/2001.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10840.002089/2002-81
Acórdão nº. : 104-21.625

Diante do exposto e do que mais constar dos autos, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Sala das Sessões – DF, em 25 de maio de 2006


OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR