



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo n° : 10880.010322/2002-22
Recurso n° : 151.781
Matéria : IRF/ILL – Ano(s): 1989, 1990 e 1992
Recorrente : DROGARIA SÃO PAULO S.A.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO – SP I
Sessão de : 08 DE NOVEMBRO DE 2007
Acórdão n° : 106-16.623

ILL – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS –DECADÊNCIA. O marco inicial do prazo decadencial de cinco anos para os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, pago por sociedades por quotas de responsabilidade limitada, se dá em 25.07.1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF n° 63.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso interposto por DROGARIA SÃO PAULO S.A.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir do recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à DRJ de origem para exame das demais questões, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Giovanni Christian Nunes Campos e Ana Maria Ribeiro dos Reis que negaram provimento ao recurso para reconhecer a decadência do direito de pedir do recorrente.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
PRESIDENTE


GONÇALO BONET ALLAGE
RELATOR

FORMALIZADO EM: 17 DEZ 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI e LUMY MIYANO MIZUKAWA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623
Recurso nº : 151.781
Recorrente : DROGARIA SÃO PAULO S.A.

RELATÓRIO

Drogaria São Paulo S.A., qualificada nos autos, devidamente representada, protocolou, em 18 de julho de 2002, pedido de restituição de valores pagos a título de imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido – ILL, relativamente aos exercícios 1990, 1991 e 1993.

Anexou ao requerimento inicial a manifestação de fls. 02-15, onde esclareceu que à época dos fatos em apreço era sociedade por quotas de responsabilidade limitada, além dos documentos de fls. 16-103, dentre os quais estão cópias do contrato social e de alterações contratuais, de procuração, de DARFs dos recolhimentos efetuados, juntamente com planilhas demonstrativas do indébito pleiteado.

As cópias das alterações contratuais juntadas às fls. 49-70, aliadas às guias de recolhimento de fls. 71-90, indicam que à empresa se chamava, à época, Drogaria São Paulo Ltda., ou seja, era sociedade constituída por quotas de responsabilidade limitada.

A Delegacia da Receita Federal de Assuntos Tributários em São Paulo (SP) deixou de tomar conhecimento do pedido de restituição, através da manifestação de fls. 104-106, sob o fundamento de que a decadência extinguiu o direito pleiteado pela contribuinte.

Em face de tal decisão a empresa, devidamente representada, apresentou manifestação de inconformidade às fls. 111-120, sendo que os membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) confirmaram o entendimento manifestado pela DRF e mantiveram o indeferimento da solicitação, através do acórdão nº 7.518, que se encontra às fls. 132-138, cuja ementa é a seguinte: 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida.

A posição adotada pela decisão de primeira instância foi no sentido de que os pagamentos efetivados entre 1990 e 1993 configuram o *dies a quo* do prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 168, inciso I, combinado com o artigo 165, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional – CTN, conforme dispõe o Ato Declaratório SRF nº 96/99, o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

Sendo assim e considerando que o pedido de restituição foi protocolizado em 18/07/2002, estaria decaído o direito pleiteado pela requerente.

Inconformada, a empresa, devidamente representada, interpôs recurso voluntário de fls. 143-161 onde, após historiar os fatos, alegou, em apertada síntese, que:

- a ilegitimidade da cobrança do ILL em relação às sociedades por ações e às demais sociedades cujo contrato social não atribua aos sócios disponibilidade imediata sobre os lucros apurados, foi legalmente reconhecida pela Secretaria da Receita Federal por intermédio da Instrução Normativa nº 63/97;

- foi, portanto, em 25 de julho de 1997, quando entrou em vigor a IN SRF nº 63/97, que começou a fluir o prazo para se requerer a restituição ou compensação do ILL;

- é pacífica a jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes nesse sentido;

- portanto, não foi atingido pela decadência o pedido protocolado em 18/07/2002;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

- com relação à Lei Complementar nº 118/2005, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a referida norma só atinge os pedidos de restituição apresentados após sua entrada em vigor;

- quanto aos pagamentos efetuados em 1992, o pedido não estaria decaído, ainda, em razão de que se poderia iniciar a contagem a partir da data da homologação tácita dos lançamentos, o que ocorreu há não mais de cinco anos;

- a Lei nº 7.713/88 considerava ocorrido o fato gerador do imposto quando apurado o lucro do exercício. No entanto, os sócios da recorrente não possuíam disponibilidade sobre o lucro;

- portanto, resta caracterizada a violação ao artigo 153, inciso III, da Constituição Federal e ao Código Tributário Nacional, que define como fato gerador do imposto de renda a obtenção de disponibilidade da renda;

- esta questão já está superada, pelo posicionamento do STF e da própria Secretaria da Receita Federal;

- tem legitimidade para reclamar a devolução do ILL recolhido, pois suportava o ônus do tributo;

- seu crédito deve ser corrigido por índices que reflitam a real infração havida entre a data dos recolhimentos e a da devolução.

A recorrente transcreveu diversos entendimentos jurisprudenciais relacionados às teses defendidas.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

VOTO

Conselheiro GONÇALO BONET ALLAGE, Relator

O recurso é tempestivo, preenche os demais pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

A questão que reclama solução reside em saber se a contribuinte decaiu ou não do direito de requerer a restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, referente a pagamentos efetuados entre 1990 e 1993, considerando que tal pedido foi efetuado em 18 de julho de 2002.

Sem adentrar no mérito do pedido de restituição, o qual não restou apreciado nem pela Delegacia da Receita Federal de Assuntos Tributários em São Paulo (SP), tampouco pela 1ª Turma da DRJ em São Paulo (SP) I, entendo que o acórdão vergastado merece ser reformado, pois a decadência não atingiu o direito pleiteado pela recorrente.

O imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido – ILL, previsto no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, era tributo sujeito ao regime do lançamento por homologação, pois cabia ao contribuinte verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, identificar o sujeito passivo, calcular e recolher o tributo devido, independentemente de qualquer iniciativa da autoridade administrativa, que apenas homologaria, expressa ou tacitamente, a atividade exercida pelo obrigado.

A regra geral relativa ao prazo decadencial para pedido de restituição de tributos sujeitos ao lançamento por homologação resulta da interpretação dos artigos 150, § 4º, 165, inciso I e 168, inciso I, todos do CTN, os quais estão assim dispostos:

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.

(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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 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.

Da conjugação desses dispositivos legais conclui-se que, como regra, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o contribuinte tem 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, para requerer a restituição de exação indevidamente recolhida.

Ocorre, que para algumas hipóteses excepcionais, a jurisprudência, inclusive advinda da Câmara Superior de Recursos Fiscais, tem admitido um novo início de prazo decadencial, que não se confunde com o fato gerador da obrigação tributária.

Tal posicionamento tem fundamento, principalmente, nos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da proibição do enriquecimento sem causa.

Dentre as exceções consignadas pela jurisprudência, relevante destacar a declaração de inconstitucionalidade de norma tributária proferida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, a expedição de Resolução do Senado Federal, prevista no artigo 52, inciso X, da Carta Fundamental ou, ainda, o reconhecimento, por parte do poder tributante, de que uma exigência tributária é indevida.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

Pelo entendimento prevalente no âmbito do Conselho de Contribuintes, a data em que ocorrer alguma dessas situações representa o *dies a quo* do prazo para que o contribuinte pleiteie a restituição de tributo indevidamente recolhido.

Com o objetivo de ilustrar essa afirmação, trago à colação as ementas dos seguintes acórdãos proferidos pela Câmara Superior de Recursos Fiscais:

IRRF-ILL. DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL - A contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição / compensação de tributo pago indevidamente, por declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, inicia-se na data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, em controle concentrado de constitucionalidade, ou a publicação da Resolução do Senado Federal, caso a declaração de inconstitucionalidade tenha-se dado em controle difuso de constitucionalidade, ou, ainda, na data da publicação de ato administrativo que estenda os efeitos da inconstitucionalidade a outros beneficiários.

Recurso especial negado.

(CSRF, Quarta Turma, Acórdão CSRF/04-00.205, Relator Conselheiro José Ribamar Barros Penha, julgado em 14/03/2006)

DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à legalidade 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.

Recurso especial provido.

(CSRF, Quarta Turma, Acórdão CSRF/04-00.047, Relator Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, julgado em 08/05/2005)

A restituição pretendida pela empresa está relacionada ao imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, previsto no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, nos seguintes termos:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

Art. 35. O sócio-quotista, o acionista ou titular de empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculada com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período base.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC, o Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, especificamente no que se refere à expressão “o acionista”.

Para conferir efeito *erga omnes* à decisão do STF, suspendendo a execução artigo 35 da Lei nº 7.713/88, no que diz respeito à expressão “o acionista”, o Senado Federal fez publicar a Resolução nº 82, em 19/11/1996.

Assim, restou reconhecida a inconstitucionalidade da exigência do ILL para as sociedades por ações.

Para as demais empresas, que não as sociedades por ações, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 63, em 24/07/1997, em cujo artigo 1º está expresso que:

Art. 1º. Fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.

Parágrafo único: O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos 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.

Portanto, a Instrução Normativa nº 63/97 reconheceu o caráter indevido da exigência do ILL para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, entre outras, desde que o contrato social, na data do encerramento do período base de apuração, não previsse a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Perfilhando o posicionamento dominante no âmbito deste Colegiado e diante do fato de que a recorrente era sociedade por cotas de responsabilidade limitada



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

ao tempo dos fatos em apreço, conforme documentos de fls. 49-90, entendo que o dia 25/07/97 – data de publicação da IN SRF nº 63 – marca o início do prazo decadencial para a busca da devolução dos valores recolhidos a título de imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, pois é nesse momento que a Administração Tributária reconheceu o caráter indevido do ILL para as demais empresas, que não as sociedades por ações.

Considerando que o pedido de restituição da recorrente foi efetuado em 18/07/2002 (fls. 01), há que se concluir que a decadência não atingiu o direito creditório pleiteado.

Tal entendimento é majoritário nesta Sexta Câmara, conforme demonstram as ementas dos seguintes acórdãos:

ILL – DECADÊNCIA – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – TERMO INICIAL – No caso de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o prazo inicial para contagem do prazo decadencial de restituição do ILL deve ser a data da publicação da Instrução Normativa nº 63, de 24.07.1997, da Secretaria da Receita Federal.

Decadência afastada.

(Primeiro Conselho, Sexta Câmara, acórdão nº 106-15.410, Relatora Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, julgado em 22/03/2006)

DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL – O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributos pago indevidamente, inicia-se na data da publicação de ato administrativo que reconhece indevida a exação tributária.

Decadência afastada.

(Primeiro Conselho, Sexta Câmara, acórdão nº 106-15.138, Relator Conselheiro Luiz Antonio de Paula, julgado em 07/12/2005)

Destaco, por fim, que o artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, não justifica a aplicação retroativa do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, pois tal norma, evidentemente, não tem caráter interpretativo.

Tenho como aplicável ao caso o princípio constitucional da irretroatividade das leis, previsto no artigo 150, inciso III, alínea “a”, da Carta da República.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 10880.010322/2002-22
Acórdão nº : 106-16.623

O artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 só pode ser aplicado para fatos ocorridos a partir de 09/06/2005, o que não é o caso dos autos.

O próprio STJ, quando apreciou a questão, concluiu que "(...) 4. A Seção de Direito Público, no julgamento dos EREsp n. 327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC n. 118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias." (Primeira Seção, EREsp nº 489.703/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJU de 10/10/2005, p. 211).

Embora se esteja afastando a decadência e provendo o recurso, nessa parte, não é possível analisar o mérito do pedido de restituição da contribuinte, sob pena de supressão de instância.

Diante do exposto, voto no sentido de afastar a decadência e determinar a remessa dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) I para apreciação do mérito da controvérsia.

Sala das Sessões – DF, em 08 de novembro de 2007 

GONÇALO BONET ALLAGE