MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº. : 10880.015602/00-11
Recurso nº. : 148.394
Matéria: : IRF/ILL
Recorrente : SYMRISE AROMAS E FRAGRÂNCIAS LTDA
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO I / SP
Sessão de: : 28 de abril de 2006
Acórdão nº. : 102-47.535

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL - O instituto da decadência decorre da inércia do titular de um direito em exercê-lo. Deve-se, portanto, tomar a data da publicação da norma que veiculou ser indevida a exação como o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SYMRISE AROMAS E FRAGÂNCIAS Ltda, atual denominação da HAARMANN E REIMER LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência e determinar o retorno dos autos à 2ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, SILVANA MANCINI KARAM, ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA, MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

RELATÓRIO

O Recurso Voluntário em exame pretende a reforma do Acórdão DRJ/SPO I nº 7.611, de 28 de julho de 2005 (fls. 137/142), que indeferiu, por unanimidade de votos, o pedido de restituição do imposto sobre o lucro líquido – ILL, posto entender presente a decadência do direito.

O relatório elaborado pelo Órgão julgador de primeiro grau contendo o pleito do contribuinte, as razões do indeferimento pela DERAT/SP e a manifestação de inconformidade foram resumidos no *decisum a quo* seguintes termos:

> "A contribuinte apresentou, em 13/10/2000, pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL) recolhido no ano-calendário de 1993 (fl. 01), e posteriormente, em 14/11/2000, 08/12/2000 e 14/12/2000, os pedidos de compensação de seus débitos, referentes aos códigos 1097, 2172 e 8109 (fls. 82, 85 e 87).
>
> Analisando o pleito, a Divisão de Orientação e Análise Tributária (DIORT) da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo proferiu o despacho decisório de fls. 89 a 91, não tomando conhecimento do pedido de restituição e indeferindo os pedidos de compensação. Fundamentou a decisão no entendimento de que "na data da formalização do pedido de restituição dos valores recolhidos pelos Darf's de fls. 09/10 (13.10.2000), já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário (ano de 1993), cessando, desse modo, o direito da interessada de obter a devolução do alegado indébito" (fl. 90).
>
> Inconformada com o decidido pela Autoridade Administrativa, do qual tomou ciência em 04/11/2002 (fl. 91), a contribuinte apresentou, em 25/11/2002, manifestação de inconformidade (fls. 95 a 117), contestando o decurso do prazo decadencial do pedido de restituição dos valores recolhidos.
>
> Entende a contribuinte que o prazo decadencial teria início a partir da publicação da Instrução Normativa nº 63, de 1997, que determinou a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente ao ILL das sociedades limitadas, cujo contrato

social não tivesse previsto a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado. Tal IN teria sido editada em face do reconhecimento dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal com referência ao ILL exigido das sociedades anônimas.

Alegando que a jurisprudência administrativa alberga a possibilidade de que se inicie a contagem do prazo "prescricional" a partir da publicação do referido ato administrativo, cita a ementa do acórdão nº108-06.846, sessão de 20/02/2002, da 8ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

Ainda no mesmo sentido, diz que o Parecer COSIT nº 58, de 1998, assinalou:

> "26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos *erga omnes* , que, conforme já dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º)".

Prosseguindo, aduz que a orientação exarada no referido Parecer COSIT encontra-se arraigada na doutrina e na jurisprudência administrativa sobre a matéria, e transcreve ementas e trechos de decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes.

Da doutrina, cita o parecer do jurista, Edmar Oliveira Andrade Filho, passando aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, para concluir que adotando-se a posição mais conservadora, qual seja, a de que a contagem se inicia com a publicação da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em 13/10/1995, concluir-se-ia que em 13/10/2000, data da protocolização do pedido de restituição, era impertinente aventar-se a decadência.

De outro ângulo, argumenta que, sendo o ILL tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição, nos termos dos arts. 150 e 168, do CTN, somente teria início após 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador. Neste sentido, cita a ementa do acórdão nº 102-44158, sessão de 11/04/2000, da 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

Por fim, requer a reforma da decisão impugnada, o cancelamento de qualquer ato que implique a inscrição em dívida ativa da União, dos valores compensados, até decisão administrativa definitiva, e protesta por todos os meios de prova admitidos, inclusive pela posterior juntada dos documentos que se fizerem necessários."

Em sua peça recursal de fls. 146/167, o recorrente argumenta que a jurisprudência deste Conselho de Contribuintes firmou-se no sentido de que o direito à repetição do indébito somente surge a partir da data do ato oficial que considera indevido o tributo. Para as sociedades anônimas, o prazo de cinco anos ao direito à restituição do ILL conta-se a partir da publicação da Resolução nº 82 do Senado Federal (18/11/1996). Para as demais sociedades, como é seu caso, o início do prazo conta-se da edição da Instrução Normativa SRF nº 63, publicada em 25/07/1997. Conclui, portanto, que o seu direito à restituição do ILL não se encontrava extinto.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche as formalidades legais, razão por que dele conheço.

O instituto da decadência decorre da inércia do titular de um direito em exercê-lo. Nos casos em que os pagamentos indevidos decorrem de situações em que o contribuinte não deu causa (inconstitucionalidade, não incidência reconhecida posteriormente pela administração tributária), muito melhor para o sistema é a certeza de que a legalidade será restaurada.

E não poderia ser de outra forma. O lançamento é ato administrativo vinculado à lei. Nesta, encontram-se todos os elementos que compõem a obrigação tributária. O controle da legalidade, a ser efetuado pela própria administração ou pelo poder judiciário, é imperativo de ordem pública. Constatada a ilegalidade da cobrança do tributo, a administração tem o poder/dever de anular o lançamento e restituir o pagamento indevido.

O valor maior sobre o qual se sustenta o Estado e a arrecadação, como subproduto, é o valor legalidade, não podendo dele haver renúncia, em nenhum momento, sem que se comprometa a legitimidade de ação do Estado. A legalidade, ontologicamente, é objeto e causa do Estado de Direito.

Ao analisar a constitucionalidade do chamado ILL (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, por determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 153, III, da CF/88 (artigo 43 do C.T.N., em âmbito infraconstitucional).

Diante deste julgamento, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18/11/96, que determinou: "*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 contido.*"

A transcrita Resolução, em consonância com o entendimento do STF, apenas contemplou a figura dos "acionistas", ou seja, versou especificamente sobre as Sociedades Anônimas.

Com a publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, em 25/07/1997, novos contornos ganhou a matéria:

> *"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 7 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 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 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****.(g.n.)*
>
> *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 Revoga-se as disposições em contrário."

Por não terem sido expressamente contempladas na Resolução nº 82/1996 do Senado, a desconstituição da exigência do ILL somente veio a se concretizar, para a sociedade por quotas de responsabilidade limitada que não previa em seu Contrato Social a distribuição imediata dos lucros quando da apuração do resultado anual, com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63 (25/07/1997), para o que se permite a conclusão de que o termo final do prazo decadencial ocorre em cinco anos desta data, ou seja, 25/07/2002. Isto porque, antes da publicação da norma, não tinha o contribuinte o conhecimento do que era indevida a exação, e não se reconhecer tal fato seria penalizá-lo por ato que não praticou quando o seu direito não era reconhecido. Os pedidos de restituição protocolizados pela Recorrente datam de 13/10/2000, 14/11/2000, 08/12/2000 e 14/12/2000, portanto, a decadência não se operou.

Neste sentido, é oportuno transcrever a ementa do Acórdão nº 108-05.791, em que foi relator o ilustre conselheiro José Antonio Minatel, em consonância com a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN: O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia "erga omnes", pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida."

Também a Secretaria da Receita Federal, através do Parecer COSIT nº 04, de 28.01.99, reconheceu o direito do contribuinte à restituição do tributo pago indevidamente, quando entendeu que:

> *"Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados a partir da data do ato que concede ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição"*

Em face ao exposto, voto por AFASTAR a decadência acolhida no julgamento *a quo* e pelo retorno do processo à 2ª Turma da DRJ São Paulo I, para análise do pedido em causa, devendo, se necessário ao deslinde da questão, o interessado ser intimado para juntada de documentos.

Sala das Sessões - DF, em,28 de abril de 2006.

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS