



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 11543.001161/00-19

Recurso nº : 138.368

Matéria : IRF/ILL - ANO (s): 1990 e 1991

Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES DO ESPÍRITO SANTO S.A. – TELEST

Recorrida : 7ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I

Sessão de : 15 de abril de 2005

Acórdão nº : 102-46.740

IRF – DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – O prazo decadencial para que o sujeito passivo possa pleitear a restituição e/ou compensação de valor pago indevidamente somente começa a fluir após a Resolução do Senado que reconhece a dá efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou, a partir do ato da autoridade administrativa que concede à contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição, eis que somente a partir dessa data é que exsurge o direito à repetição do respectivo indébito.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – ILL – Deve ser reconhecido o direito da contribuinte à restituição e/ou compensação de valor que se caracterize como indébito, quando a exigência da respectiva exação for considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TELECOMUNICAÇÕES DO ESPÍRITO SANTO S.A. – TELEST.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro José Oleskovicz que nega provimento.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA
RELATOR



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº : 11543.001161/00-19
Acórdão nº : 102-46.740

FORMALIZADO EM: 12 AGO 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ, JOSE RAIMUNDO TOSTA SANTOS, ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO e ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI (SUPLENTE CONVOCADA). Ausente, justificadamente, a Conselheira MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

Recurso nº. : 138.368

Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES DO ESPÍRITO SANTO S.A. - TELEST

RELATÓRIO

TELECOMUNICAÇÕES DO ESPÍRITO SANTO S.A. – TELEST (ATUAL TELEMAR NORTE LESTE S.A.), protocolou em 28/04/2000 (fl. 01), pedido de restituição do imposto retido na fonte sobre o lucro líquido – ILL, diante das determinações contidas no art. 35, da Lei 7.713, de 22/12/1988. Os valores tidos como indevidamente recolhidos em 30/04/1990 e 30/04/1991 (fls. 02/03), referem-se aos períodos de 01/01/1989 a 31/04/1990.

A Recorrente colacionou aos autos documentos (fls. 02/08), entre os quais cópias autenticadas de DARF's (fls. 02/03) e instrumento procuratório (fls. 05/06), nos quais procurou demonstrar recolhimentos indevidos de ILL. Consta ainda dos autos pedido de compensação às fls. 32/34.

Na apreciação do pedido, a DRF em Vitória – ES, por meio do Despacho Decisório n.º 525/2000 datado de 05/10/2000 às fls. 28/31, indeferiu o pedido sob o fundamento seguinte, *ipsis litteris* (fl. 30):

“Haver decorrido o prazo decadencial, de cinco anos, do direito de pleitear a restituição do Imposto e Renda Retido na Fonte Sobre o Lucro Líquido – ILL, entre os pagamentos efetuados em 1990 e 1991, objeto do presente, e a formulação do pedido de restituição, ocorrido somente em 28 de abril de 2000.”

Inconformada, em 18/04/2001, a contribuinte apresentou sua peça impugnativa às fls. 38/55, instruída com instrumento de procuração (fl. 56), na qual citou a Resolução do Senado Federal n.º 82, publicada em 19/11/1996, defendeu que a contribuição para o ILL, sempre foi daquelas cujo lançamento é por homologação (art. 150, § 4º, CTN), e insistiu na inoccorrência da decadência do direito de restituir. m



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

A favor de sua pretensão citou jurisprudências judicial e deste Egrégio Conselho de Contribuintes, ao fim, pugnou pela reforma do despacho decisório e pelo reconhecimento do seu direito à restituição.

A Colenda 7ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro – RJ, por meio do Acórdão n.º DRJ/RJO I n.º 2.048, de 14/10/2002 (fls. 61/66), indeferiu a solicitação, consoante termos da ementa seguinte:

“Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF

Exercício: 1991, 1992

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DE DECADÊNCIA. ILL. O prazo decadencial para o contribuinte pleitear a restituição ou compensação de tributo 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, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 anos contados da data de extinção d crédito tributário – arts. 165, I, 168, I, do Código Tributário Nacional (Ato Declaratório SRF n.º 96/1999).

Solicitação Indeferida” (fl. 61).

Cientificada da decisão da autoridade julgadora de primeira instância em 07/11/2002 (fl. 67), a contribuinte, por intermédio de patrono constituído (fls. 88/91128/131), em 06/12/2002, interpôs Recurso Voluntário às fls 93/100, no qual informou que em 02/08/2001, foi incorporada pela Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. que, *“(…) posteriormente mudou a sua denominação para TELEMAR NORTE LESTE S.A., sendo sucedida por esta última em todos os seus direitos e obrigações (Lei 6.404/76, art. 227) (…)*” (fl. 94).

No mais, defendeu *“(…) o prazo de 10 anos para restituir (5 + 5), em se tratando de tributos cujo lançamento é por homologação (art. 150, do CTN)”* (fl. 95). Colacionou aos autos decisões do Excelso STJ e deste Egrégio Conselho de Contribuintes. Ao final, requereu a reforma da decisão a quo e a repetição do indébito. /h

É o relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

VOTO

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Consoante se observa dos autos, trata-se de pedido de restituição/compensação do ILL, cujo recolhimento teria ocorrido indevidamente.

Para o deslinde da questão faz-se necessário referir-nos ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do RE n.º 172.058-1/SC (D. J. de 13/10/1995, rel. Min. Marco Aurélio), no qual ficou decidido pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n.º 7.713/1988, uma vez determinar esse dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que houvesse a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica prevista no artigo 43 do Código Tributário Nacional e albergada pelo artigo 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Com esse julgamento adveio a Resolução do Senado Federal n.º 82, de 18/11/1996, publicada em 19/11/1996, nos seguintes termos, *verbis*:

"Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei 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.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996."

O texto da Lei n.º 7.713/1988, excluído do ordenamento jurídico, em face da Resolução, mantinha a seguinte redação:

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



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

Por sua vez, em se tratando de quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, *"em vista do que ficou decidido pela Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997"*, editou a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997 (D.O.U. de 25/07/1997), *verbis*:

"Art. 1º Fica vedada à 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 7.713, de 2 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."

No caso em tela, trata-se de **sociedade anônima**, condição que transferiu o termo inicial da contagem do prazo decadencial para pleitear restituição para **19/11/1996**, data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82.

O indeferimento do pedido apoiou-se no artigo 168, inciso I, combinado com o artigo 165, ambos do Código Tributário Nacional, cuja redação é a que segue, *verbis*:

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipótese dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória."

(...)

"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:

14



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

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;

II – erro na edificação¹ do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”

Com efeito, é de ser restituído ao sujeito passivo o valor de tributo indevido, cobrado ou recolhido espontaneamente, em face da legislação tributária aplicável.

No presente caso, a legislação aplicável foi a redação original do artigo 35 da Lei n.º 7.713/1988, que determinava a exação tributária. Contudo, a ADIN que julgou inconstitucional esse dispositivo legal provocou a edição da Resolução do Senado Federal, na qual determinou-se a suspensão (retirada) do dispositivo supra-referido do ordenamento jurídico. Aplica-se à espécie, ainda, o artigo 168 do CTN, que determina prazo para que a devolução dos valores pagos indevidamente, além da IN/SRF n.º 63, de 24/07/1997 (D.O.U. de 25/07/1997), que estabeleceu procedimentos a serem observados pelas **sociedades por quota de responsabilidade limitada**, inclusive delimitando prazo decadencial.

Nesse sentido, é robusta a doutrina bem como a jurisprudência deste Egrégio Conselho, senão vejamos:

“DECADÊNCIA – PEDIDO DE RSTITUIÇÃO – 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.” (acórdão 106-12.786, sessão de 11/07/2002, rel. Cons. Wilfrido Augusto Marques).

ILL – ART. 35, DA LEI Nº 7713/88 – INCONSTITUCIONALIDADE – RESTITUIÇÃO – DECADÊNCIA – CABIMENTO DA RESTITUIÇÃO – Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos

¹ Vocábulo “edificação” empregado equivocadamente. O correto seria “identificação”.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo nº. : 11543.001161/00-19

Acórdão nº. : 102-46.740

pagamentos realizados, devendo-se toma-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, do Senado Federal, que suspendeu a execução do citado artigo a expressão "o acionista", conferindo afeitos "erga omnes" à decisão proferida pela Suprema Corte." (acórdão 107-06.568, sessão de 19/03/2002, rel. Cons. José Clóvis Alves).

"DECADÊNCIA – RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – NORMA SUSPensa POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL – ILL – Nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre a decadência do direito à repetição do indébito depois de 5 anos da data de trânsito em julgado da decisão proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado Federal que suspendeu a lei com base em decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade. Somente a partir desses eventos é que o valor recolhido torna-se indevido, gerando direito ao contribuinte de pedir sua restituição. Assim, no caso do ILL, cuja norma legal foi suspensa pela Resolução nº 82/96, o prazo extintivo do direito tem início na data de sua publicação." (acórdão 108-06.808, sessão de 22/01/2002, rel. Cons. José Henrique Longo).

"DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL – O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributo pago indevidamente, inicia-se na data da publicação de ato administrativo que reconhece indevida a exação tributária." (acórdão 106-14.316, sessão de 11/11/2004).

"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." (acórdão CSRF 01-03.239).

No caso dos autos, o pedido de restituição do pagamento indevido foi protocolado junto à unidade da Secretaria da Receita Federal em 28/04/2000 (fl. 01), ou seja, dentro do prazo decadencial de cinco anos da Resolução do Senado que conferiu efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em ação que julgou a inconstitucionalidade de tributo.

Cumprir ter presente, na espécie, a sedimentação jurisprudencial, que, firmada por este Egrégio Tribunal Administrativo, consagra a possibilidade jurídico-constitucional de repetição de recursos indevidamente recolhidos ao Fisco,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 11543.001161/00-19

Acórdão nº : 102-46.740

quando presentes os princípios gerais de Direito Tributário, mormente o da estrita legalidade e verdade material.

Impõe-se observar, ainda, que o termo inicial para pleitear restituição de tributos arrecadados indevidamente por **sociedades por quotas de responsabilidade limitadas** extingue-se com o decurso do prazo decadencial de cinco anos contados da data da vigência da Instrução Normativa SRF n.º 63/1997, ou seja, **25/07/1997**, data de sua publicação.

Em face do exposto, voto no sentido de afastar a decadência do direito de pleitear a restituição e, no mérito, reconhecer o direito creditório da contribuinte, ou seja, deferir o indébito constatado, conforme comprova documentação carreada aos autos, com os acréscimos legais nos exatos termos da legislação que disciplina a matéria.

Sala das Sessões - DF, em 15 de abril de 2005.

LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA