



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

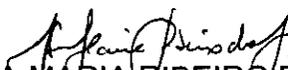
Processo nº. : 11610.004851/2001-59
Recurso nº. : 154.661
Matéria : ILL - Ex(s): 1991
Recorrente : BUNGE FERTILIZANTES S/A
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO SP I
Sessão de : 12 DE SETEMBRO DE 2007
Acórdão nº. : 106-16.476

DECADÊNCIA – RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – NORMA SUSPensa POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL – Nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre à decadência do direito à repetição do indébito depois de 05(cinco) 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 – Resolução 82/96.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BUNGE FERTILIZANTES 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 (Relator) e Ana Maria Ribeiro dos Reis que negaram provimento ao recurso para reconhecer a decadência do direito de pedir do recorrente. Declarou-se impedido o Conselheiro Gonçalo Bonet Allage. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Luiz Antonio de Paula.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
PRESIDENTE


LUIZ ANTONIO DE PAULA
REDATOR DESIGNADO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

FORMALIZADO EM: 23 OUT 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ISABEL APARECIDA STUANI (Suplente convocada), ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, CÉSAR PIANTAVIGNA e LUMY MIYANO MIZUKAWA. Ausente, justificadamente, a Conselheira ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

Recurso nº : 154.661
Recorrente : BUNGE FERTILIZANTES S/A

RELATÓRIO

Nos termos do pedido de restituição de fls. 1 a 27, **protocolado em 23/10/2001**, o contribuinte solicita restituição do valor do Imposto na fonte sobre o Lucro Líquido - ILL pago referente ao ano-calendário 1991, no valor total de 51.852,78 UFIR (fls. 1 e 2v), tendo por base a declaração de inconstitucionalidade do ILL pelo Supremo Tribunal Federal-STF e a Resolução nº 82/96 do Senado Federal.

No pedido, informa o contribuinte que o ILL foi pago em nome da empresa **Arafértil S/A**, CNPJ nº 17.805.110/0001-23, hoje sucedida pela **Bunge Fertilizantes S/A**. Juntou cópia da DIRPJ-exercício 1992 e documentação societária. Ainda, cópia dos DARFs de pagamento do ILL (fls. 09 a 11).

Foi juntado ao presente processo um pedido de compensação do contribuinte União Gerenciamento de Bens CpA, com arrolamento de número de processo estranho aos presentes autos (fls. 28 a 38).

A DIORT/DERAT-São Paulo (SP) não tomou conhecimento do pedido de restituição (fls. 39 a 41), alicerçada no Ato Declaratório SRF nº 96/99, publicado no DOU de 30/11/99, tendo em vista o teor do Parecer PGFN/CAT/nº 1538/99, que fixou entendimento no âmbito da Administração Tributária Federal de que o prazo de restituição de tributo extingue-se após o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário.

O contribuinte foi intimado da decisão acima no dia 21/06/2005. Inconformado, em 11/07/2005, apresentou manifestação de inconformidade em face da decisão, pedindo que seu recurso fosse enviado à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo I. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59

Acórdão nº : 106-16.476

Na manifestação de inconformidade, o contribuinte delimitou a controvérsia a um único ponto, qual seja, a definição do termo *a quo* para contagem do prazo decadencial do direito à restituição do ILL, já que em relação ao mérito da causa, já não mais existe dúvida, pois a própria Secretaria da Receita Federal reconheceu a inconstitucionalidade do ILL quando vedou a constituição de créditos tributários desse imposto na IN SRF nº 63/97.

Em relação ao tema decadência, o contribuinte articulou os seguintes argumentos:

- que o prazo quinquenal para fulminar o direito à restituição do ILL começou a contar a partir da publicação da resolução nº 82 do senado federal, publicada no DOU de 19/11/1996. Como o contribuinte protocolou o pedido no dia 23/10/2001, ainda não tinha fluído o quinquênio decadencial;
- juntou os acórdãos nºs 107-06568 e 102-46406 em socorro de sua tese;
- a Secretaria da Receita Federal reconheceu a inconstitucionalidade do ILL, relativamente às sociedades por ações, quando editou a IN SRF nº 63/97, publicada no DOU de 25/07/1997, determinando a dispensa da constituição de créditos da fazenda nacional e o cancelamento de lançamentos referente ao ILL;
- de outra banda, poderia se iniciar a contagem do prazo decadencial a partir do momento em que a administração reconheceu a inconstitucionalidade do ILL, ou seja, o quinquênio decadencial teria seu início a partir da publicação no DOU da IN SRF nº 63/97;
- informa que a contagem da decadência na forma do item precedente é majoritária no âmbito do egrégio primeiro conselho de contribuintes. juntou acórdãos em defesa dessa tese;
- trouxe a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça - STJ no tocante ao prazo decadencial dos tributos por homologação, juntando a ementa do acórdão nº 435.835/SC, quando se pacificou a tese dos cinco mais cinco;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

• que a jurisprudência do STJ é unânime no sentido de que a extinção do crédito, nos lançamentos por homologação, dá-se com a homologação do pagamento (expressa ou tácita) e, dessa forma, que o prazo para requerer a restituição é de cinco anos contados da homologação (e não do recolhimento), totalizando dez anos após a ocorrência do fato gerador;

• no caso vertente, o fato gerador do ILL ocorreu em 31/12/1991, e o contribuinte teria até 31/12/2001 para exercer seu direito à restituição.

A 5ª TURMA da DRJ – SÃO PAULO I (SP), por unanimidade de votos, indeferiu a manifestação de inconformidade apresentada pelo contribuinte, em decisão de fls. 71 a 80, que restou assim ementada:

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 decisão de acima foi consubstanciada no Acórdão nº 9.045, de 14 de março de 2006.

O contribuinte foi intimado da decisão da 5ª Turma de julgamento da DRJ-SPO I em 09/05/2006 (fls. 81 – verso) e interpôs o Recurso ao Conselho de Contribuintes em 02/06/2006.

No Recurso (fls. 82 a 102), o recorrente repisou todos os argumentos da manifestação de inconformidade, e, ao final, pediu, *verbis*:

Uma vez demonstrada e comprovada, não só a procedência do direito creditório da ora RECORRENTE quanto ao indébito do Imposto de Renda Fonte Sobre Lucro Líquido apurado através da DIRPJ do Exercício financeiro de 1992 e pago indevidamente, em face da declaração de sua inconstitucionalidade, direito este fundado no artigo 165, I, do CTN, bem como a existência efetiva de valores passíveis de restituição, espera a REQUERENTE seja dado provimento ao presente RECURSO, de forma que a decisão proferida pela 5ª Turma da DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO DE SÃO PAULO –SP, seja reformada, reconhecendo-se o direito creditório no valor R\$ 95.308,34 (noventa e cinco mil trezentos e oito reais e trinta e quatro centavos) objeto do



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

Processo Administrativo nº 11610.004851/01-59, fundamentado nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383/91, Artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 10.637/2002, c.c. com os artigos 150, 165 e 168 do CTN, cumprindo a esse r. Órgão Colegiado no cumprimento de seu mister, anulando a r. sentença de 1º grau administrativo, como medida de inteira justiça.

É o Relatório. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

VOTO VENCIDO

Conselheiro GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS, Relator

Primeiramente, declara-se a tempestividade do apelo, já que o contribuinte foi intimado da decisão da DRJ em 09/05/2006 (fls. 81v) e interpôs o Recurso em 02/06/2006 (fls. 82), dentro do trintídio legal.

Toda a discussão nos autos se restringiu à matéria decadencial. O mérito não foi apreciado pelas instâncias ordinárias.

Assim, nesta instância recursal debateremos apenas a decadência. Sendo afastada, o processo retornará para a Delegacia de Julgamento para enfrentar as demais razões de mérito; caso contrário, remanescerá apenas a via Especial para o contribuinte.

A questão do termo de início do prazo decadencial para a restituição de tributo declarado inconstitucional pelo STF suscitou intenso debate no âmbito do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Ao final, consolidou-se a tese da *actio nata* [enquanto não nasce a ação não pode ela prescrever. É o princípio da *actio nata (actione nun nata non praescribitur)*¹], como é exemplo o Acórdão CSRF/04-00.182, assentado em sessão de 13 de dezembro de 2005, que restou assim ementado:

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;

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 297.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;

c) ou, em havendo publicação de ato administrativo, a partir desta data.

Como se percebe da ementa acima, o termo a quo do prazo decadencial é móvel, a depender de futura decisão do STF, no controle concentrado, ou da Resolução do Senado quando a decisão da Suprema Corte ocorrer no controle difuso, ou, ainda, da publicação de ato da administração que reconheça o direito creditório em abstrato.

Esse prazo móvel para o início da contagem da decadência causa profunda estranheza. No extremo, declaração de inconstitucionalidade proferida em futuro remoto culminará em pedidos de restituição abrangendo dezenas de anos. Se por um lado o ideal da justiça poderia estar mais protegido, por outro seria um tiro mortal na segurança jurídica.

A tese hoje abraçada no âmbito do Conselho de Contribuintes já teve guarida no Superior Tribunal de Justiça - STJ. Ocorre que a perplexidade que a mesma causou levou o STJ a abandoná-la. Hodiernamente, passou o STJ a adotar a **tese dos cinco mais cinco**. Trazemos a ementa do RESP nº 614.110-RS, que demonstra a evolução jurisprudencial da matéria aqui debatida no âmbito do STJ, *verbis*:

Sobre a prescrição dos tributos lançados por homologação, a jurisprudência do STJ oscilou durante algum tempo, assumindo as seguintes posições:

1ª etapa - *o Fisco tem até cinco anos para homologar o seu crédito e mais cinco para exigí-lo, na ausência de homologação. Por um raciocínio simplista, inaugurou-se a tese dos "cinco mais cinco", contando-se dez anos a partir do fato gerador (os cinco primeiros anos, prazo decadencial, e os cinco restantes, prazo prescricional). Nesse sentido, dentre outros precedentes, citam-se os seguintes julgados: REsp 75.006/PR, REsp 69.233/RN, EREsp 43.502/RS, REsp 266.889/SP, AgRg/AG 317.687/SP, AgRg/REsp 256.344/DF e REsp 250.753/PE;*

2ª etapa - *inicia-se o prazo prescricional a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Esta posição abrigava variantes, no que se refere ao termo a quo: data do julgamento, do trânsito em julgado ou do ajuizamento da ação. Advirta-se que não importa, para os adeptos desta tese, se a declaração de*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

inconstitucionalidade ocorreu em controle difuso ou concentrado. Dai os precedentes, dentre outros, o REsp 220.469/AL, REsp 209.903/AL, EREsp 43.205/RS e AgRg/REsp 252.846/DF;

3ª etapa - no REsp 329.444/DF, a Primeira Seção deliberou que o termo a quo em comento inicia-se da data do trânsito em julgado no qual o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei pela primeira vez;

4ª etapa - a Primeira Seção, no EREsp 423.994/MG, realinhou o entendimento para concluir que, quando se tratar de controle difuso, inicia-se a contagem da data da Resolução do Senado e, quando se tratar de controle concentrado, a partir do trânsito em julgado da ADIn.

Finalmente, no julgamento do EREsp 435.835/SC, cujo acórdão será lavrado pelo Ministro José Delgado, consagrou-se definitivamente a tese dos "cinco mais cinco", diante das perplexidades causadas pela adoção de outras teses. Portanto, considerando-se que o tributo em tela está sujeito ao chamado "autolançamento", o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não havendo prazo fixado em lei para a homologação, ela será de até 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). A extinção do crédito tributário ocorrerá com a homologação e não com o pagamento antecipado, quando então deverá fluir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, inciso I, do CTN. (grifos nossos)

Desde então, uniformemente, o STJ vem aplicando a tese dos cinco mais cinco para definir o prazo de decadência do direito à repetição de indébito de tributo lançado por homologação, mesmo no caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, em controle concentrado ou difuso. São exemplos os seguintes julgados: AgRg no Ag 829.014/SP, data do julgamento 07/08/2007, relatora a min. Eliana Calmon; Edcl no AgRg no REsp 660.414/PE, data do julgamento 26/06/2007, relator o min. Humberto Martins; REsp 909.632/SP, data do julgamento 26/06/2007, relator o min. José Delgado; REsp 576.569-SC, data do julgamento 21/06/2005, relator o min. Francisco Peçanha Martins e REsp 502.249/SP, data do julgamento 21/10/2004, relator o min. Franciulli Netto.

Pelo antes exposto, percebe-se que a atual tese dominante neste colegiado administrativo, em relação ao termo de início do prazo decadencial do direito à restituição de tributo lançado por homologação declarado inconstitucional pelo STF, está em confronto com a posição do STJ, tribunal responsável na federação pela integridade e



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

uniformidade do direito federal.

Obviamente que o Conselho de Contribuintes não está obrigado a seguir a jurisprudência do STJ. Apenas as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, e no caso de controle difuso, naquelas em que o Senado Federal baixar a resolução respectiva, está a administração vinculada. O início do prazo da decadência do direito à repetição de tributos lançados por homologação, entretanto, não foi apreciado pelo STF.

Há, ainda, um outro complicador para adotar a tese prevalente hoje no Conselho de Contribuintes e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, que é a vigência da Lei Complementar nº 118/2005. Transcrevemos os arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, *verbis*:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional. (grifos nossos)

No caso dos autos, trata-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação e que se amolda aos arts. 3º e 4º da LC 118/2005. Assim, o termo *a quo* do início do prazo quinquenal da decadência ocorreu no momento do pagamento antecipado, ou seja, em 30/04/1992, 29/05/1992 e 30/06/1992 (fls. 09 a 11).

Não desconhecemos que o STJ, por sua Corte Especial, à unanimidade, em 06/06/2007, declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644.736/PE, relator o Min. Teori Albino Zavascki, publicado no DJ de 27/08/2007. Nessa oportunidade, ainda, decidiu-se que a prescrição informada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59

Acórdão nº : 106-16.476

vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

Ocorre que a decisão da Corte Especial do STJ acima referida não pode ser aproveitada no âmbito do Conselho de Contribuintes. Somente decisão do STF teria o condão de vincular a administração. O art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007 (DOU de 28 de junho de 2007), determina que no julgamento de recurso voluntário é vedado afastar a aplicação da lei sob fundamento de inconstitucionalidade, *verbis*:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 19 de junho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Alfim, a declaração de inconstitucionalidade no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes foi pacificada definitivamente com a edição da **Súmula 1ºCC nº 2, que assim reza**: "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Pelo antes exposto, falece competência ao Conselho de Contribuintes para afastar a aplicação da parte final do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, por vício de inconstitucionalidade. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

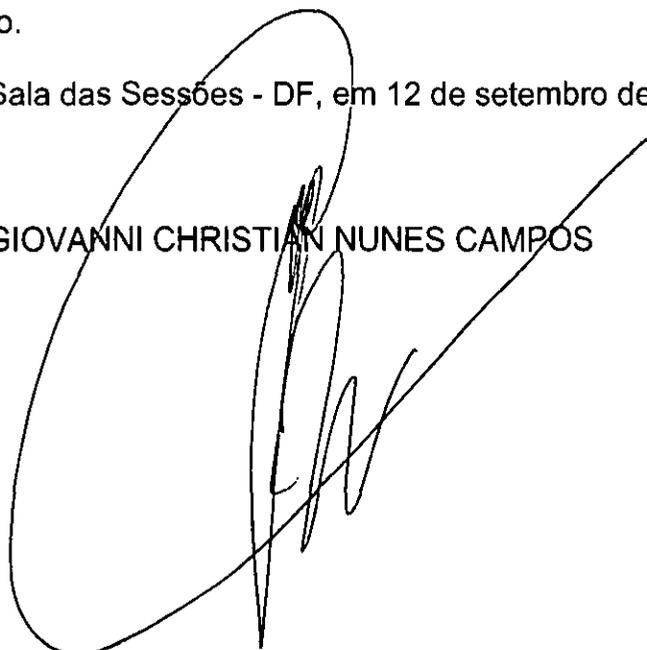
Dessa forma, o termo final para exercitar o direito à restituição dos valores do ILL pelo recorrente ocorreu cinco anos após cada pagamento acostado ao presente processo.

Ainda, consta um pedido de compensação do contribuinte União Gerenciamento de Bens CpA, com arrolamento de número de processo estranho aos presentes autos (fls. 28 a 38). Esta documentação deve ser desentranhada do presente processo administrativo pela autoridade preparadora.

Em razão de todo o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2007. 

GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

VOTO VENCEDOR

Conselheiro LUIZ ANTONIO DE PAULA, Redator Designado

Em que pese às fundadas razões apresentadas pelo ilustre Conselheiro Giovani Christian Nunes Campos, entendo que no caso concreto, verifica-se que a Recorrente fundamentou-se de que, por força da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 23 de dezembro de 1988, não estaria ele obrigado ao recolhimento, efetivamente efetuado, do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, exercício 1992, conforme se denota nos Darfs de fls. 09-11, face ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Assim sendo, a requerente argumentou que somente após a data da publicação da Resolução do Senado Federal tem início o prazo extintivo do direito de pleitear a restituição do pagamento indevido.

Entretanto, os Membros da 5ª TURMA da DRJ – SÃO PAULO I (SP) entenderam que o prazo quinquenal que alude o art. 165, I, do CTN, tem por termo inicial o recolhimento indevido.

Como já devidamente mencionado, o embate aqui presente refere-se ao exame da decadência do direito de pedir a restituição, do marco inicial para a contagem de prazo para a repetição do indébito, em especial em caso de inconstitucionalidade.

Os recolhimentos do Imposto de Renda na Fonte, efetuados pela recorrente, foram em obediência ao disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que assim dispõe:

Art. 35 – O sócio quotista, o acionista ou o 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
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

Em decisão do Supremo Tribunal Federal que, em sessão plenária de 30/06/95, reconheceu a inconstitucionalidade da exigência instituída pelo art. 35 do mencionado ato legal. O Recurso Extraordinário nº 172.058-1SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, do qual transcrevo trecho da ementa, pertinente na parte relativa à matéria em questão:

...

IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – ACIONISTA. O art. 35 da Lei 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no art. 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei 6.404/76. (Acórdão publicado no DJU DE 13/10/95).

Ocasionando na Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/96:

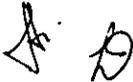
Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.

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.

Entendo que neste momento, a contrário senso, passou haver contradição entre a regra tributária individual e concreta que ensejou o pagamento e o Sistema Tributário Brasileiro, tendo concretizado o evento do pagamento indevido, pressuposto para o nascimento da obrigação de devolução do indébito.

Posteriormente, valendo-se da autorização conferida pelo Decreto nº 2.194, de 07/04/97, o Secretário da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997, *in verbis*: 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

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 07 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 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.

Art. 2º Ficam os Delegados e Inspectores 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 Revogam-se as disposições em contrário. "

Na doutrina, ensina Marcelo Fortes de Cerqueira em sua obra *Repetição do Indébito Tributário*, ed. 2000, pág. 351:

É a partir do reconhecimento formal, por ato administrativo ou judicial, da ocorrência do evento do pagamento indevido que o direito à repetição ganha sua verdadeira magnitude. Ou seja, a norma geral e abstrata da repetição precisa ser aplicada ao caso concreto, por intermédio de ato administrativo ou judicial que a faça incidir. Em decorrência disso, surge a norma individual e concreta na qual é reconhecido o direito do particular à devolução das quantias indevidamente recolhidas a título de tributo".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.004851/2001-59
Acórdão nº : 106-16.476

Sobre a matéria, em que pese os consistentes fundamentos do voto vencido, destaco que a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, é noutro sentido, pois, tratando-se de Sociedade Anônima, vem prevalecendo o entendimento expresso no Acórdão CSRF/01-04.908 de 12/04/2004, dentre outros, cuja ementa elucida:

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO – TERMO INICIAL DO PRAZO PARA RESTITUIR – RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL N ° 82/96 – ILL – SOCIEDADE ANÔNIMA – O termo inicial do prazo para se requerer a restituição ou compensação de tributo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso, é a data da edição da resolução do Senado Federal que retira o dispositivo inconstitucional do sistema jurídico. Matéria pacificada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em RESP nº 423.994-MG, DJ 05/04/2004.

No caso presente, o pedido foi interposto em 23/10/2001 (fl. 1), ou seja, dentro do prazo de (cinco) anos, contado da publicação da Resolução do Senado Federal n.º 82, de 19 de novembro de 1996.

Tendo em vista que a decisão recorrida limitou-se a enfrentar essa matéria, voto no sentido de DAR provimento ao recurso, para AFASTAR a decadência e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP-I para o enfrentamento das demais razões de mérito.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2007.


LUIZ ANTONIO DE PAULA