



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.005664/2001-92
Recurso nº. : 135.650
Matéria : IRF - Ano(s): 1989 a 1992
Recorrente : MONTCALM MONTAGENS INDUSTRIAIS S.A.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP I
Sessão de : 17 DE OUTUBRO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.605

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 MONTCALM MONTAGENS INDUSTRIAIS S.A.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir da recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à Repartição de origem para análise do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


LUIZ ANTONIO DE PAULA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 11 NOV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, ROMEU BUENO DE CAMARGO, THAISA JANSEN PEREIRA, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausente, justificadamente, o Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

Recurso nº. : 135.650
Recorrente : MONTCALM MONTAGENS INDUSTRIAIS S.A.

RELATÓRIO

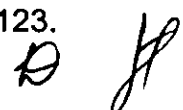
MONTCALM MONTAGENS INDUSTRIAIS S.A. já qualificada nos autos, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 133/142, prolatada pelos Membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – SP I, recorreu a este Conselho pleiteando a sua reforma, nos termos do recurso voluntário de fls. 144/153.

Deu início ao presente, o Pedido de Restituição de créditos de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, pagos em 30/04/90; 30/04/91; 31/05/91; 30/04/92; 31/08/92; 30/09/92; 30/10/92; 30/11/92; 18/12/92; 29/01/93; 26/02/93; 31/05/93, por intermédio dos Darfs de fls. 17/29.

Às fls. 03/110, constam os documentos que instruíram o seu Pedido de Restituição.

A Chefe da Divisão de Tributação e Análise Tributária, por delegação de competência – Portaria Nº DERAT/SPO/54/2001, ao apreciar o Pedido de Restituição, deixou de tomar conhecimento do pedido, por entender que a referida solicitação ficou prejudicada (ocorrência de decadência do direito à restituição do indébito para os pagamentos efetuados anteriormente a 17/11/1996), nos termos do Despacho Decisório de fls. 112/114.

A contribuinte tomou ciência deste despacho em 15/10/2002 – (“AR” – fl. 118) e apresentou sua Manifestação de Inconformidade às fls. 119/123.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

Os Membros da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo – SP I, por unanimidade de votos, acordaram por INDEFERIR o pedido de reconhecimento do direito creditório interposto pelo contribuinte, nos termos do Acórdão DRJ/SPOI Nº 2.767, de 13 de fevereiro de 2003, assim ementado:

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

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1992

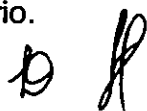
Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

*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.”*

Cientificada desta decisão em 14/03/2003 (“AR” – fl. 143-verso) e ainda inconformada, a empresa, por intermédio de seu advogado (Procuração – fl. 155) apresentou recurso voluntário em 15/04/2003, às fls. 58/77, onde basicamente reiterou os argumentos já apresentados em sua Manifestação de Inconformidade, acrescentando ainda, a transcrição de entendimento do publicistas Marco Aurélio Grego e Helenilson Cunha Pontes, ementas de Acórdãos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Conselho de Contribuintes, a respeito da meteria em discussão.

No final, requereu que o recebimento do recurso voluntário, a fim de que seja julgado totalmente procedente seu pedido de restituição dos créditos recolhidos indevidamente a título de Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

VOTO

Conselheiro LUIZ ANTONIO DE PAULA, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo art. 33 do Decreto nº 70.235 de 06 de março de 1972, tendo sido interposto por parte legítima, razão porque dele tomo conhecimento.

Verifica-se que no caso em concreto, 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, conforme se denota nos Darfs de fls. 17/29, face ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Sendo assim, 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 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo-SP I e a autoridade preparadora concluíram que o direito de o contribuinte pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extinguiu-se após o transcurso do prazo de 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Como já devidamente mencionado, o embate aqui presente refere-se ao exame da preliminar de decadência do direito de pedir a restituição, do marco inicial

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

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”.

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:

“...
ÍMPOSTO 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).

O que deu origem à Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/96:

“RESOLUÇÃO Nº 82, de 1996

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.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

*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:

*"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.

D 6 R

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

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”.

Já dizia o mestre Agostinho Neves de Arruda Alvim que o fundamento da decadência e da prescrição é a paz social, uma vez que as coisas não se podem arrastar indefinidamente.

Também o ilustre publicista Alexandre Barros Castro ensina:

“Decadência e prescrição

Ambos os institutos são próprios do Direito Civil, fundamentando-se notadamente no brocardo romano dormientibus non succurrit jus, ou seja, o direito positivo não socorre aos que permanecem inertes durante longo intertício temporal, sem proteger seus direitos.”

Aliás, este posicionamento está brilhantemente defendido pelo emérito Conselheiro-relator José Henrique Longo no Acórdão nº 108-6.283, que com a máxima vênia peço para fazer sua transcrição, que ao analisar o artigo 168 do CTN, assim entendeu:

“...

Porém, esse prazo assinalado em lei deve ter início a contar de determinadas situações. O art. 168 do CTN procura abrange-las:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

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;

II - na hipótese do inciso III do artigo 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.

Todavia, nos incisos do mencionado dispositivo do CTN (nem no art. 165), não está abrangida a hipótese em testilha. De fato, conforme demonstrado no voto de Natanael (Acórdão nº 108-05.791) , com suporte na doutrina atual, o CTN não contemplou a hipótese em que o STF declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica; e a essa situação merece ser aplicada a analogia de modo que o prazo quinquenal para pleitear a restituição do indébito com fundamento na inconstitucionalidade estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal tem início: a) nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito "erga omnes") a contar da publicação da decisão do STF; e b) nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito "inter pares") a contar da publicação da Resolução do Senado Federal que excluir do ordenamento jurídico a norma declarada inconstitucional pelo STF.

O Código Tributário Nacional estabelece prazo para a restituição do indébito com fundamento em que o pagamento indevido se opera quando alguém, posto na condição de sujeito passivo, recolhe uma suposta dívida tributária, tal qual o art. 964 do Código Civil (todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir). Portanto, na restituição do indébito, não se cuida de tributo, mas de valor recolhido indevidamente a esse título. Então, por ocasião do pagamento (indevido), não existia obrigação tributária, e, de igual modo, inexistia sujeito ativo, sujeito passivo, nem tributo devido; é a "situação fática não litigiosa" mencionada por Minatel como as hipóteses enumeradas nos incisos I e II do art. 165 do CTN, que se voltam para as constatações de erros, para cujas restituições não há qualquer óbice ou entrave, de modo que o prazo para o exercício do direito à restituição flui imediatamente.

Essa hipótese é diferente da aqui tratada, pois aquela é relativa a caso em que não se discute a validade da norma jurídica que suportou a exigência fiscal. Veja trecho do voto de José Antonio Minatel no mesmo voto do julgamento acima mencionado:

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito.

Luciano Amaro é feliz na preleção sobre a falta de regulamentação pelo CTN de outras situações de restituibilidade, com crítica de que o Código perde-se em descrever casuisticamente situações de cabimento do pedido de restituição do indébito tributário no seu art. 165.

É uma das hipóteses de falta de regulamentação a situação de declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, em que, até então, existiam sujeito ativo, sujeito passivo, relação jurídica e crédito tributário. Somente com a publicação da inconstitucionalidade (por decisão do STF ou por Resolução do Senado Federal), e, por consequência, com o novo status de invalidade da norma jurídica que ensejou o recolhimento do valor indevido, é que nasce o direito dos contribuintes que recolheram de pleitear a sua restituição."

Assim, ensina Ricardo Lobo Torres em sua brilhante obra "Restituição de Tributos", pág. 169:

"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos data do trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida "incidenter tantum" pelo STF"

Assim, concluo que nos termos do fundamento do pedido de restituição do indébito, o prazo de decadência ao direito de pleitear a restituição do valor indevidamente pago a título de tributo, nos casos de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, tem início com a Resolução do Senado Federal, efetivada pela Resolução nº 11/95.

Assim, e de todo o exposto, voto no sentido de afastar a decadência, reconhecendo à recorrente o direito de pleitear a restituição para retomar os autos à

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 11610.005664/2001-92
Acórdão nº : 106-13.605

repartição de origem para a análise de mérito em questão, em relação aos recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões - DF, em 17 de outubro de 2003.


LUIZ ANTONIO DE PAULA

