



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

Processo nº 11610.005674/2001-28
Recurso nº 160.069 Voluntário
Matéria ILL - Ex(s): 1990 a 1993
Acórdão nº 106-17.076
Sessão de 11 de setembro de 2008
Recorrente VIAÇÃO COMETA S.A.
Recorrida 3ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

**ILL - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR
SOCIEDADE ANÔNIMA - 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 anônimas, se dá em 19.11.1996, data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 82.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela VIAÇÃO COMETA 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 o retorno dos autos à DRF e origem para o exame das demais questões, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga e Sérgio Galvão Ferreira Garcia (suplente convocado), que acolheram a decadência.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Presidente


GONÇALO BONET ALLAGE
Relator

FORMALIZADO EM: 15 OUT 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Giovanni Christian Nunes Campos, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Janaina Mesquita Lourenço de Souza e Ana Paula Locoselli Erichsen.

Relatório

Viação Cometa S.A., qualificada nos autos, devidamente representada, protocolou, em 16 de novembro de 2001, 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, 1992 e 1993.

Anexou ao requerimento inicial a manifestação de fls. 02-04, além dos documentos de fls. 05-56, dentre os quais estão cópias de Atas de Assembléias, de DARF dos recolhimentos efetuados, de declarações de imposto de renda pessoa jurídica, além de planilha de atualização do indébito tributário.

A Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo (SP) – DERAT, por intermédio da Divisão de Orientação e Análise Tributária – DIORT, indeferiu o pleito, através do despacho de fls. 105-107, sob o fundamento de que a decadência extinguiu o direito pleiteado pela contribuinte. Propôs, ainda, a não homologação das compensações vinculadas a este feito.

Em face de tal decisão a empresa, devidamente representada, apresentou manifestação de inconformidade às fls. 112-125, sendo que os membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo (SP) I confirmaram o entendimento manifestado pela DRF e mantiveram o indeferimento da solicitação, através do acórdão nº 16-13.223, que se encontra às fls. 147-153, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. PRAZO. O Ato Declaratório SRF nº 96/99, interpretando o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, estabeleceu que o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, 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, extingue-se após o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

RECOLHIMENTOS DE ILL. No caso concreto, decorridos mais de cinco anos entre o Pedido de Restituição e as datas dos recolhimentos, não há que se falar em homologação da compensação dos débitos a ele vinculados.

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 e o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99. Para corroborar tal entendimento, invocou-se o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005.

Sendo assim e considerando que o pedido de restituição foi protocolizado em 16/11/2001, estaria decaído o direito pleiteado pela requerente.

Inconformada, a empresa, devidamente representada, interpôs recurso voluntário de fls. 156-169 onde alegou, em apertada síntese, que:

- a) O ILL foi recolhido em decorrência do disposto no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, o qual fora declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 172.058-1/SC;
- b) Diante disso, o Senado Federal promulgou a Resolução nº 82, de 18/11/1996, publicada em 22/11/1996, suspendendo 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;
- c) O prazo para repetição do indébito tributário em causa tem seu marco inicial na data da referida Resolução nº 82/1996 do Senado Federal, que, ao ser promulgada, atribuiu efeito *erga omnes* àquela decisão do Supremo Tribunal Federal;
- d) Portanto, o contribuinte poderia formalizar pedido de restituição até 22/11/2001;
- e) Esse posicionamento vem sendo acolhido pelo Conselho de Contribuintes;
- f) Portanto, não foi atingido pela decadência o pedido protocolado em 16/11/2001.

A recorrente transcreveu diversos entendimentos jurisprudenciais relacionados à tese defendida quanto à decadência.

É o Relatório.

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 16 de novembro de 2001.

Sem adentrar no mérito do pedido de restituição, o qual não restou apreciado nem pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo (SP), tampouco pela 3ª 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.

(...)

§ 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.

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:

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, tal qual a recorrente.

Perfilhando o posicionamento dominante no âmbito deste Colegiado e diante do fato de que a recorrente é sociedade por ações, entendo que o dia 19/11/96 – data de publicação da Resolução do Senado Federal nº 82 – 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 para as sociedades por ações.

Considerando que o pedido de restituição da recorrente foi efetuado em 16/11/2001 (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 ANÔNIMA – TERMO INICIAL – No caso de sociedades anônimas, o prazo inicial para contagem do prazo decadencial de restituição do ILL deve ser a data da publicação da Resolução nº 82 do Senado Federal, que se deu em 19.11.1996.

Decadência afastada.

(Primeiro Conselho, Sexta Câmara, acórdão nº 106-15.517, Relatora Conselheira Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, julgado em 27/04/2006)



ILL – DECADÊNCIA – O prazo decadencial para o pedido de restituição do ILL começa a contar a partir da publicação da Resolução do Senado que concedeu efeito erga omnes à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal.

Decadência afastada.

(Primeiro Conselho, Sexta Câmara, acórdão nº 106-15.355, Relator Conselheiro José Carlos da Matta Rivitti, julgado em 07/02/2006)

Destaco, por fim, que, segundo penso, 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.

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 Administração Tributária em São Paulo (SP) – DERAT para apreciação do mérito da controvérsia.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2008.


Gonçalo Bonet Allage