



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Recurso nº. : 140.586
Matéria : IRF – Ano(s): 1989 e 1990
Recorrente : CIA. ITABIRITO INDUSTRIAL, FIAÇÃO E TECELAGEM DE ALGODÃO
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 19 de maio de 2005
Acórdão nº. : 104-20.695

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO - COMPENSAÇÃO - PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN ou da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Não tendo transcorrido, entre a data da Resolução nº 82, de 1996, do Senado Federal que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, é de se considerar não decadente o direito do contribuinte pleitear restituição ou compensação de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CIA. ITABIRITO INDUSTRIAL, FIAÇÃO E TECELAGEM DE ALGODÃO.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Repartição de Origem, para enfrentamento do mérito. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator) e Maria Helena Cotta Cardozo, que mantinham a decadência, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Nelson Mallmann.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

Maria Helena Cardozo
MARIA HELENA COTTA CARDÓZO
PRESIDENTE

Nelson Mallmann
NELSON MALLMANN
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 08 JUL 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

Recurso nº. : 140.586
Recorrente : CIA. ITABIRITO INDUSTRIAL, FIAÇÃO E TECELAGEM DE ALGODÃO

RELATÓRIO

CIA. ITABIRITO INDUSTRIAL, FIAÇÃO E TECELAGEM DE ALGODÃO, inscrita no CNPJ/MF sob nº 21.000.344/0001-32, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 31/34, prolatada pela DRJ/Belo Horizonte - MG, recorre a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 37/45.

Cuida-se neste processo de pedido de restituição protocolizado pela Contribuinte acima identificada em que esta pleiteia a devolução de Imposto de Renda Retido na Fonte, no valor total de R\$ 231.421,55, atualizados até outubro de 2001 (cálculos da requerente), referente a Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL pagos em abril de 1990 e abril de 1991.

O Pedido foi formulado nos termos da petição de fls. 01/03, costado de cópia dos DARF de fls. 04/05 e tem por fundamento a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do dispositivo que instituiu a exação, o art. 35 da Lei nº 7.713, de dezembro de 1988.

A Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte – MG indeferiu o pedido sob o fundamento de que este foi protocolizado após transcorrido o prazo decadencial, entendendo que o termo inicial de contagem desse prazo seria a data da extinção do crédito tributário. No caso, a data mais recente teria sido abril de 1991. Como o pedido só fora





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

protocolizado em outubro de 2001, concluiu aquela autoridade que o direito do contribuinte já estava fulminado pela decadência.

A requerente protocolizou manifestação de inconformidade para a DRJ/Belo Horizonte argumentando, escorada em jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes que o termo inicial de contagem do prazo decadencial, na espécie, deveria ser a data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 165, de 31/12/1998, o que afastaria a decadência.

A DRJ/Belo Horizonte-MG indeferiu o pedido de restituição, confirmando a decisão da DRF/Belo Horizonte-MG, nos termos da ementa a seguir reproduzida.

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF
Exercício: 1999, 1991

Emenda: DECADÊNCIA

Extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento do crédito tributário ou contribuição pagos indevidamente ou a maior.

Solicitação indeferida.

Inconformada com a decisão de primeiro grau, da qual tomou ciência em 05/05/2004 (fls. 36), a Contribuinte apresentou o recurso de fls. 37/45.

Sustenta a Recorrente, escorando-se na jurisprudência administrativa, em síntese, que no caso das sociedades anônimas o termo inicial de contagem do prazo decadencial é a data da Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, e, para as sociedades limitadas, a data da Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

Informa a Recorrente, que formalizou pedido de compensação de débitos com os créditos discutidos neste processo e sustenta que, com a "presente Reclamação", esses débitos ficam com sua exigibilidade suspensa.

Ao fim, pede: a) a homologação de seu pedido de restituição; e b) a suspensão da exigibilidade dos débitos objeto de compensação.

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to be a cursive form of a name, is located in the bottom right corner of the page.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

VOTO VENCIDO

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que falece competência a este Conselho de Contribuintes para se manifestar sobre a suspensão da exigibilidade do crédito objeto do pedido de compensação e sobre o próprio pedido de compensação. Essas questões, inclusive, não foram discutidas na peça impugnatória e, consequentemente, na decisão de primeira instância.

Cuida-se assim, tão-somente, do exame do direito creditório pleiteado.

O litígio, como se vê do relatório, cinge-se ao exame do termo inicial de contagem do prazo decadencial.

Sustenta a Recorrente que, no seu caso, tratando-se de sociedade anônima, o prazo decadencial conta-se da data da Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, do Senado Federal.

Estou ciente de que essa posição tem sido vencedora neste Conselho de Contribuintes. Todavia, com a devida vénia dos que assim pensam, divirjo desse entendimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

O prazo decadencial do direito de pleitear restituição de indébitos tributário é disciplinado no nosso ordenamento jurídico no Código Tributário Nacional - CTN. Vejamos o que dispõe os arts. 165 e 168 do CTN:

"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 a 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 – das hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)"

O dispositivo acima transscrito, portanto, é expresso quando define a data da extinção do crédito tributário, e não outra data qualquer, como termo inicial de contagem do prazo decadencial.

Não é demais acrescentar que, por força do art. 150, III, "b" da Constituição Federal, prescrição e decadência são matérias de lei complementar e, portanto, não se pode simplesmente desprezar o comando do Código Tributário Nacional.

Argumentam, entretanto, os que sustentam a tese contrária que os contribuintes só puderam exercer o direito de pleitear a restituição com a declaração da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

inconstitucionalidade da norma que exigia o tributo e, portanto, só a partir do ato que conferiu efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade da norma.

Esse argumento, entretanto, não me sensibiliza. A razão de existir nos diversos ordenamentos jurídicos o instituto da decadência não tem outra razão senão o de evitar a persistência, de forma indefinida, de situações pendentes. É dizer, o instituto da decadência prestigia a segurança jurídica. E é precisamente o princípio da segurança jurídica que é posto de lado quando de confere efeito *ex tunc*, de maneira absoluta, à Resolução do Senado Federal, inclusive em relação às situações jurídicas já consolidadas.

Com isso prolonga-se de forma indefinida a possibilidade de o Estado ser demandado para restituir indébitos tributários, com repercuções imprevisíveis.

Em conclusão, entendo que o termo inicial de contagem do prazo decadencial do direito de os contribuintes pleitearem a restituição de indébitos tributários é a data da extinção do crédito tributário que, no caso, ocorreram em 30/04/1990 e 30/04/1991. Como o pedido só foi formalizado em 24/10/2001, encontrava-se o direito fulminado pela decadência.

Ante o exposto voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões (DF), em 19 de maio de 2005

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Pedro Paulo P. Barbosa".
PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

VOTO VENCEDOR

Conselheiro NELSON MALLMANN, Redator-designado

Com a devida vénia do nobre relator da matéria, Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa, permito-me divergir de seu voto.

Defende o Conselheiro Relator a tese que o prazo decadencial do direito de pleitear restituição é de cinco anos contados na forma do art. 168 do CTN, independentemente da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Com todo o respeito, não posso compartilhar desse entendimento. Senão vejamos.

Como se vê do relatório, cinge-se a discussão do presente litígio em torno de restituição de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, nos termos do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, referentes ao período de apuração de 1989 e 1990, cujo pagamento se deu em 1990 e 1991.

Entende, a requerente que este imposto foi recolhido indevidamente tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal.

Da análise do processo, nota-se que a suplicante entende que os pagamentos do Imposto Sobre o Lucro Líquido – ILL, que foram realizados com o fulcro no disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no seu caso são indevidos, já que o artigo 35,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

anteriormente citado, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para as sociedades anônimas e para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social não contiver cláusulas específicas de distribuição de lucros no encerramento do exercício social, ou seja, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição.

Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia, em certas situações, foi suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 82/96, em 18/11/96, entende a suplicante que está enquadrado numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional, razão pela qual o início do prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Resolução do Senado nº 82, qual seja 18/11/96.

É sabido, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

“EMENTA”

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembleia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)".

Diz ainda o julgado:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão à "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio quotista" salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição".

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembleia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Desta forma, neste processo cabe, inicialmente, a análise do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para requerer a restituição de tributos e contribuições declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Em regra geral o prazo decadencial do direito à restituição de tributos e contribuições encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, ou seja, data do pagamento ou recolhimento indevido.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

Observando-se de forma ampla e geral é líquido é certo que já havia ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Nessa linha de pensamento , a autoridade administrativa da Receita Federal competente para analisar o pedido houve por bem indeferi-lo, por entender ter transcorrido o prazo legalmente previsto para a requerente pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente, operando-se, assim, a decadência;

Não há dúvidas, que o nosso sistema constitucional pátrio comporta duas formas de controle de constitucionalidade por parte do STF, quais sejam, (a) controle concentrado ou direto, por meio do julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (ADIN e ADC), e (b) controle difuso ou indireto, por meio do julgamento dos casos específicos das partes litigantes, quando pode ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade da norma, inclusive em sede, por exemplo, de Recurso Extraordinário.

Na primeira situação, ou seja, no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade atinge a todos, dando à decisão o chamado efeito erga omnes. Já no controle difuso, a declaração de inconstitucionalidade atinge apenas as partes envolvidas no caso.

Todavia, em se tratando de controle difuso (indireto), tem o Senado Federal à prerrogativa de estender a todos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, atribuindo à decisão efeito erga omnes, tendo em vista que compete àquela casa, mediante



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

sombra de dúvidas, somente a partir deste ato estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do C.T.N.

Porquanto, se por decisão do Estado, polo ativo das relações tributárias, o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo até então, ou sofrer-lhe as sanções, a reforma dessa decisão condenatória por ato do Poder Judiciário ou da própria administração, tem o efeito de tornar o termo inicial do pleito à restituição do indébito à data de publicação do mesmo ato.

Portanto, na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Sendo exceção a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei em que se fundamentou o gravame ou de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, momento em que o início da contagem do prazo decadencial desloca-se para a data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional, ou da data do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito.

Nesta linha de raciocínio, a solução mais adequada nestes casos é a do reconhecimento do prazo de cinco anos da data da publicação da Resolução do Senado Federal que concede efeito erga omnes e ex tunc à declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, já que a publicação da decisão do STF a proclamar a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, teve, apenas, o condão de gerar efeitos imediatos inter partes.

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade – com efeito erga omnes – da lei que estabelece a exigência do tributo,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

ou de ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, este, a princípio, será o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Ora, se para as situações conflituosas o próprio CTN no seu artigo 168 entende que deve ser contado do momento em que o conflito é sanado, seja por meio de acórdão proferido em ADIN; seja por meio de edição de Resolução do Senado Federal dando efeito erga omnes a decisão proferida em controle difuso; ou por ato administrativo que reconheça o caráter indevido da cobrança.

Este é o entendimento já pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa se transcreve abaixo:

"DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à constitucionalidade 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 constitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária."

Admitir entendimento contrário é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que à



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13606.000155/2001-68
Acórdão nº. : 104-20.695

Administração Tributária não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, determinando-se ao contribuinte socorrer-se perante o Poder Judiciário. O enriquecimento do Estado é ilícito porque é feito às custas de lei inconstitucional.

Desta forma, no caso em litígio, não tenho dúvidas em afirmar que somente a partir da publicação da Resolução do Senado nº 82 (18/11/96) surgiu o direito da requerente em pleitear a restituição do imposto pago indevidamente, porque esta Resolução estampa a inconstitucionalidade da lei e o reconhecimento pela não-incidência do Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL.

Definitivamente, o imposto sobre o lucro líquido – art. 35 da Lei n.º 7.713/88 – foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Sessão Plenária de 30/06/95, cuja ementa foi publicada no Diário da Justiça em 13/10/95 e a Resolução do Senado nº 82, foi publicada em 18/11/96. Como se vê o pedido de restituição é datado de 24/10/2001, portanto, está dentro do prazo legal de solicitação, já que não houve o transcurso de tempo superior a cinco anos entre a protocolização do Pedido de Restituição e a Resolução do Senado que declarou a inaplicabilidade da lei na cobrança do imposto.

Assim, na esteira das considerações acima expostas e por ser de justiça, voto no sentido de DAR provimento ao recurso para AFASTAR a decadência do direito de pedir da recorrente e DETERMINAR à autoridade administrativa o enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 19 de maio de 2005

NELSON MALLMANN