



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

Processo nº. : 13804.006036/2002-63
Recurso nº. : 135.894
Matéria : ILL - ANO: 1991
Recorrente : CONSAVEL ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO I - SP
Sessão de : .07 JULHO DE 2004
Acórdão nº. : 102-46.412

ILL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL - O instituto da decadência decorre da inércia do titular de um direito em exercê-lo. Quando o indébito se exterioriza a partir do reconhecimento da administração tributária deve-se tomar a data da publicação da norma que veiculou ser indevida a exação como o *dies a quo* para a contagem do prazo a que estava submetido o contribuinte para pleitear a restituição do indébito gerado com o entendimento veiculado por ela. Isto porque, antes da publicação da norma, não tinha o contribuinte o conhecimento do que era indevida a exação, e não se reconhecer tal fato seria penalizá-lo por ato que não praticou quando o seu direito não era reconhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CONSAVEL ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, AFASTAR a ocorrência da decadência e determinar o retorno dos autos à origem para apreciação do pedido, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro José Oleskovicz que considerava decadente o pedido.


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 AGO 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, EZIO GIOMBATA BERNARDINIS e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ.



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

Processo nº : 13804.006036/2002-63

Acórdão nº : 102-46.412

Recurso nº : 135.894

Recorrente : CONSAVEL ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que pretende a reforma do Acórdão DRJ/SPOI nº 2.868, de 06 de março de 2003 (fls. 55/65), que indeferiu, por unanimidade de votos, o pedido de restituição do imposto sobre o lucro líquido – ILL, recolhidos no período ente abril/1992 a setembro/1992 (fls. 32/37), com fulcro no artigo 35 da Lei 7.713/1988, posto entender presente a decadência do direito.

O pedido de restituição em tela (fls. 01/04) foi apresentado à Delegacia da Receita Federal de Assuntos Tributários de São Paulo/SP, em 24/07/2002, e indeferido pelo mesmo motivo (fls. 38/40).

Em sua peça recursal (fls. 67/73), o Recorrente argumenta que somente com a Instrução Normativa SRF nº 63, 25/07/1997, momento a partir do qual é reconhecido como indevido a exigência do ILL em relação às sociedades de responsabilidade limitada, é que o direito a restituição é exercitável. Cita o Parecer COSIT nº 4, de 28/01/1999 e entendimento pacificado na Jurisprudência deste Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.



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

Processo nº. : 13804.006036/2002-63

Acórdão nº. : 102-46.412

V O T O

Conselheiro JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, Relator

O recurso preenche as formalidades legais, razão por que dele conheço.

O instituto da decadência decorre da inércia do titular de um direito em exercê-lo. Nos casos em que os pagamentos indevidos decorrem de situações em que o contribuinte não deu causa (inconstitucionalidade, não incidência tributária), muito melhor para o sistema é a certeza de que a legalidade será restaurada.

E não poderia ser de outra forma. O lançamento é ato administrativo vinculado à lei. Nesta, encontram-se todos os elementos que compõem a obrigação tributária. O controle da legalidade, a ser efetuado pela própria administração ou pelo poder judiciário, é imperativo de ordem pública. Constatada a ilegalidade da cobrança do tributo, a administração tem o poder/dever de anular o lançamento e restituir o pagamento indevido.

O valor maior sobre o qual se sustenta o Estado e a arrecadação, como subproduto, é o valor legalidade, não podendo dele haver renúncia, em nenhum momento, sem que se comprometa a legitimidade de ação do Estado. A legalidade, ontologicamente, é objeto e causa do Estado de Direito.

Ao analisar a constitucionalidade do chamado ILL (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a



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

Processo nº : 13804.006036/2002-63
Acórdão nº : 102-46.412

imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 153, III, da CF/88 (artigo 43 do C.T.N., em âmbito infra-constitucional).

Diante deste julgamento, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18/11/96, que determinou: *“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 contido”*.

A transcrita Resolução, em consonância com o entendimento do STF, apenas contemplou a figura dos “acionistas”, ou seja, versou especificamente sobre as Sociedades Anônimas.

Com a publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, em 25/07/1997, novos contornos ganhou a matéria:

“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 7 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 22 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.(g.n.)

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.



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

Processo nº : 13804.006036/2002-63

Acórdão nº : 102-46.412

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 Revoga-se as disposições em contrário.”

Por não terem sido expressamente contempladas na Resolução nº 82/1996 do Senado, a desconstituição da exigência do ILL somente veio a se concretizar, para a sociedade por quotas de responsabilidade limitada que não previa em seu Contrato Social a distribuição imediata dos lucros quando da apuração do resultado anual (circunstância que se observa no caso em exame – fls. 06/17), com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63 (25/07/1997), para o que se permite a conclusão de que o termo final do prazo decadencial ocorre em cinco anos desta data, ou seja, 25/07/2002. Isto porque, antes da publicação da norma, não tinha o contribuinte o conhecimento do que era indevida a exação, e não se reconhecer tal fato seria penalizá-lo por ato que não praticou quando o seu direito não era reconhecido. O pedido de restituição protocolizado pela Recorrente data de 24/07/2002, portanto, a decadência não se operou.

Neste sentido, é oportuno transcrever a ementa do Acórdão nº 108-05.791, em que foi relator o ilustre conselheiro José Antonio Minatel, em consonância com a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais:



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

Processo nº : 13804.006036/2002-63

Acórdão nº : 102-46.412

"RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN: O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia "erga omnes", pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida."

Também a Secretaria da Receita Federal, através do Parecer COSIT nº 04, de 28.01.99, reconheceu o direito do contribuinte à restituição do tributo pago indevidamente, quando entendeu que:

"Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados a partir da data do ato que concede ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição."

Em face ao exposto, voto por DAR provimento ao recurso, para afastar a decadência tributária declarada pela instância recorrida, devendo o processo retornar a DERAT São Paulo para análise do pedido em causa.

Sala das Sessões - DF, em 07 de julho de 2004.

JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS