



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

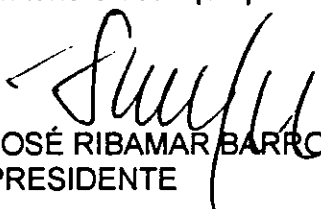
Processo nº. : 13807.012760/2001-15
Recurso nº. : 136.012
Matéria : IRF - Ano(s): 1989 a 1992
Recorrente : KURZ DO BRASIL FOLHAS E MÁQUINAS PARA ESTAMPAGEM
A QUENTE LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP I
Sessão de : 04 DE DEZEMBRO DE 2003
Acórdão nº. : 106-13.736

**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
confere efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em processo
que reconhece a inconstitucionalidade de tributo. - Resolução 82/96.

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto
por KURZ DO BRASIL FOLHAS E MÁQUINAS PARA ESTAMPAGEM A QUENTE
LTDA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar de decadência e
DETERMINAR o retorno do processo à instância precedente para exame de mérito,
nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE


LUIZ ANTONIO DE PAULA
RELATOR

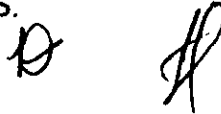
FORMALIZADO EM:

26 FEV 2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

Recurso nº : 136.012
Recorrente : KURZ DO BRASIL FOLHAS E MÁQUINAS PARA ESTAMPAGEM
A QUENTE LTDA.

RELATÓRIO

KURZ DO BRASIL FOLHAS E MÁQUINAS PARA ESTAMPAGEM A QUENTE LTDA, já qualificada nos autos, inconformada com a decisão de primeiro grau de fls. 56/64, prolatada pelos Membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP-I, recorreu a este Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos do recurso voluntário de fls. 66/74.

Em limine, a contribuinte, por intermédio de seus advogados (Procuração de fl. 08) formulou o Pedido de Restituição (fl. 01), pleiteando a devolução dos valores recolhidos em razão do Imposto de Renda Sobre o Lucro Líquido, recolhidos nos exercícios de 1990, 1991 e 1992 (DARF de fls. 22/29), em razão da Resolução do Senado Federal nº 82/96.

O pedido inicial foi instruído com os documentos de fls. 02/32

O Chefe da Seção de Orientação e Análise Tributária da Delegacia de Receita Federal de Jundiaí-SP, por delegação de competência – Portaria DERAT/SPO/Nº 54/2001, ao apreciar o Pedido de Restituição, indeferiu o pedido, por entender que o prazo para a contribuinte pleitear a restituição cessa após o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – art. 165, I e 168, I da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – CTN. nos termos do Despacho Decisório EQPIR/PJ de fls. 38/39.

A contribuinte tomou ciência deste despacho em 31/10/2002, e, apresentou a Manifestação de Inconformidade às fls. 45/52.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

Os Membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP-I, por unanimidade de votos, acordaram por INDEFERIR a solicitação, nos termos do Acórdão DRJ/SPOI Nº 03.096, de 04 de abril de 2003, de fls. 56/64, que contém a seguinte ementa:

*"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte – IRRF
Exercício: 1990, 1991, 1992, 1993*

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 21/05/2003 ("AR" – fl. 65-verso) e ainda inconformada, a empresa, por intermédio de seus advogados interpôs o recurso voluntário em tempo hábil (10/06/2003), às fls. 66/74, no qual demonstra sua irrisignação contra a decisão supra-ementada, onde basicamente ratificou os argumentos apresentados em sua peça impugnatória.

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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 o seu pedido inicial 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 constantes dos autos, 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 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo - I acordaram que o direito da contribuinte pleitear a restituição do tributo pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, estar extinto o direito pleiteado, tanto pela interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pela interpretação da Administração, escudada na posição sobre o tema do Supremo Tribunal Federal.

Como já devidamente mencionado, o litígio versa sobre o início do prazo decadencial para a formalização de pedido de restituição, em especial em caso de ser o tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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 transcreve-se 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).

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

“RESOLUÇÃO Nº 82, de 1996

Art. 1º É suspensa à 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”



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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 à 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.



7



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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 à 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.

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 se expressou:

“...

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

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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 à 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:

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

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

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"

De igual forma, é o entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme consta do Acórdão CSRF/01-03.239, da relatoria do ilustre Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, Sessão 19 de março de 2001, que em determinado trecho assim se manifestou:

“...

Veja-se que não se pretende que não seja estabelecido prazo para a realização do pedido de restituição, posto que até mesmo para a propositura da ação de in rem verso, cabível nos casos de pagamento indevido, estabelece o Código Civil prazo prescricional. Trata-se, porém, de reconhecer que a ação somente é exercitável a partir do momento em que a exação é reconhecida como indevida. Assim sendo, existem três hipóteses para a contagem do prazo decadencial, quais sejam:

- a) no caso de tributo reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade – o prazo decadencial deve ser contado a partir da publicação do Acórdão;*
- b) tributo reconhecido inconstitucional em decisão inter partes, ou seja, em controle difuso – o prazo somente começa a contar a partir da publicação de Resolução do Senado Federal conferindo efeito erga omnes a tal decisão;*
- c) exação tributária reconhecida como indevida pela própria Administração Tributária – o prazo para restituição começa a fluir a partir da publicação de tal ato.*

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº : 13807.012760/2001-15
Acórdão nº : 106-13.736

Diante da lacuna legal, há que se interpretar a situação fática de acordo com a intenção do legislador. Veja-se que o CTN, embora estabelecendo que o prazo seria sempre de cinco anos, diferencia o início de sua contagem conforme a situação que rege, em clara mensagem de que a circunstância material aplicável a cada situação jurídica de que se tratar é que determina o prazo de restituição, que é sempre de cinco anos. Ora, para situações conflituosas, verifica-se que o legislador, no inciso III, do artigo 165 do CTN, dispôs que o prazo decadencial somente se inicia a partir da decisão condenatória.

Em inexistindo ação condenatória, mas havendo, discussão quanto à constitucionalidade da lei que instituiu o tributo, ou seja, situação conflituosa quanto ao imposto recolhido, certamente somente a partir do momento em que tal decisão tem efeito erga omnes, nascerá o direito do contribuinte de receber o que foi pago a maior."

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 publicação da Resolução do Senado Federal nº 82/96, publicada no Diário Oficial da União de 19/11/1996.

O Pedido de Restituição do pagamento indevido foi protocolado junto a Unidade da Secretaria da Receita Federal em 14/11/2001, ou seja, antes do prazo final que se deu em 19/11/2001.

Assim, voto no sentido de afastar a decadência, reconhecendo à recorrente o direito de pleitear a restituição, para retornar os autos à repartição de origem para a análise de mérito, em relação aos recolhimentos efetuados.

Sala das Sessões - DF, em 04 de dezembro de 2003.


LUIZ ANTONIO DE PAULA

