



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

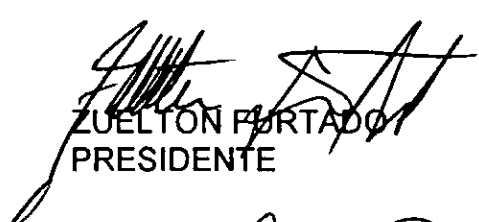
Processo nº. : 13808.001906/98-67
Recurso nº. : 128.635
Matéria: : IRF - Ano(s):1989 e 1990
Recorrente : TERRAS DE SÃO JOSÉ URBANIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida : DRJ em SÃO PAULO - SP
Sessão de : 10 DE JULHO DE 2002
Acórdão nº. : 106-12.766

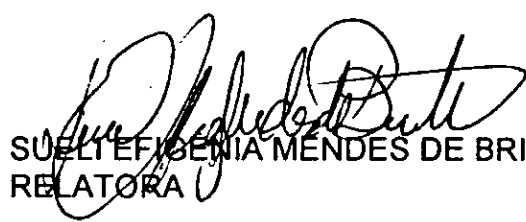
DECADÊNCIA – RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – NORMA SUSPENSADA POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL – Nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre a decadência do direito à repetição do indébito depois de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão proferida em 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. (Acórdão de nº 106-12.384, sessão de 8/11/2001)

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TERRAS DE SÃO JOSÉ URBANIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.

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 apreciação do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ZUELTON FORTADO
PRESIDENTE


SUELI FIGENIA MENDES DE BRITTO
RELATORA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

FORMALIZADO EM: 05 SET 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros THAISA JANSEN PEREIRA, LUIZ ANTONIO DE PAULA e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros ROMEU BUENO DE CAMARGO, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'JB' or similar, located at the end of the text block.

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766
Recurso nº. : 128.635
Recorrente : TERRAS DE SÃO JOSÉ URBANIZAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição (fls. 01) de valores recolhidos a título de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL, relativamente aos exercícios de 1990 e 1991, anos-base de 1989 e 1990, com base no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, parcialmente declarado inconstitucional pelo STF, e cuja execução foi suspensa, no tocante à expressão “o acionista” contida no precitado dispositivo, pela Resolução do Senado Federal nº 82, de 1996.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP, através da Decisão de fls. 41, indeferiu o referido pleito por ter sido alcançado pela decadência.

Tempestivamente, a empresa apresentou sua manifestação de inconformidade contra a referida decisão às fls. 43/48, alegando, em síntese, que, a contar do fato gerador do tributo, o decurso de prazo para pedir restituição transcorre em 10 (dez) anos, sendo 5 (cinco) anos para a ocorrência da homologação e mais 5 (cinco) anos para a formalização do pedido. Aduz, ainda, que o STF declarou a inconstitucionalidade da lei que alicerçava a presente exação há menos de cinco anos da data da propositura do pedido de restituição em apreço, e, portanto, nenhum dos recolhimentos indevidos encontra-se fulminado pela prescrição.

A autoridade julgadora de primeira instância administrativa manteve o indeferimento de seu pedido em decisão de fls. 53/58, resumindo seu entendimento nos termos da ementa de fls. 53, a seguir transcrita:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1989, 01/01/1990 a 31/12/1990.

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, contados da data de extinção do crédito tributário.

Insurgindo-se contra a decisão prolatada em primeira instância, a recorrente apresentou em 13.11.01 (fls. 61/75) recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes, repisando os pontos expendidos na peça impugnatória.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

V O T O

Conselheira SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

A matéria a ser analisada já é conhecida uma vez que, por diversas vezes, foi objeto de discussão nessa Câmara. Assim sendo, adoto os fundamentos registrados pelo DD. Conselheiro Luiz Antonio de Paula no Acórdão de nº 106-12.384, proferido na sessão de 8/11/2001, que a seguir transcrevo:

Verifica-se que o caso em concreto, o recorrente fundamenta-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, períodos-base de 1989 e 1990, conforme se denota nos darf de fls. 3/4, face ao reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.

Sendo assim, argumenta 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, a autoridade julgadora “a quo” e preparadora entenderam que o prazo quinquenal que alude o art. 165, I, do CTN, tem por termo inicial o recolhimento indevido.

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 para a contagem de prazo para a repetição do indébito, em especial em caso de inconstitucionalidade.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

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, o qual transcrevo 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:

“Faço saber que o Senado Federal aprovou, e eu, José Sarney, Presidente, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo a seguinte

RESOLUÇÃO Nº 82, DE 1996

O Senado Federal resolve:

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.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996

SENADOR JOSÉ SARNEY

Presidente do Senado Federal



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

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 Inspetores 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.*

Art. 6º *Revogam-se as disposições em contrário.*



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

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 saudoso 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.

O ilustre publicista Alexandre Barros Castro ensina:

“Decadência e prescrição

*Ambos os institutos são próprio 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 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:

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

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 de 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.


9

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 13808.001906/98-67
Acórdão nº. : 106-12.766

"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"

Após essas considerações, 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.

Isso posto, VOTO no sentido de dar provimento ao recurso para afastar os efeitos da decadência, devolvendo os autos para a repartição de origem para exame do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 10 de julho de 2002


SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO