MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº	13819.003052/2002-35
Recurso nº	156.695 Voluntário
Matéria	ILL - Ex(s): 1990 a 1992
Acórdão nº	106-16.907
Sessão de	28 de maio de 2008
Recorrente	BACARDI MARTINI DO BRASIL INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida	2ª TURMA/DRJ em CAMPINAS - SP

PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL NO CASO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - ILL-IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO.

O prazo prescricional do direito de pleitear a repetição do indébito, no caso de tributo declarado inconstitucional, inicia-se no momento em que a exação é reconhecida como indevida. Tratando-se do ILL recolhido por sociedade limitada, não alcançada, portanto, pela Resolução nº 82/96 do Senado Federal, o reconhecimento se deu com a edição da Instrução Normativa SRF nº 63, publicada no DOU de 25/07/97, .

SOCIEDADE LIMITADA - LUCROS SEM PREVISÃO CONTRATUAL DE DISPONIBILIDADE IMEDIATA - ILL - INCONSTITUCIONALIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, em interpretação conforme a Constituição, declarou que ocorre inconstitucionalidade, na exigência do imposto sobre o lucro líquido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando o contrato social for omisso quanto à distribuição dos lucros apurados, ou não preveja a sua imediata disponibilidade, econômica ou jurídica, aos sócios.

Ementa: COMPROVAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO CRÉDITO - PROCESSO APENSADO - HOMOLOGAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO.

Comprovada a legitimidade do crédito do contribuinte junto à Fazenda Pública restam homologadas as declarações de compensação apresentadas pela contribuinte no processo apensado.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BACARDI MARTINI DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir do recorrente, vencidas as Conselheiras Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga (suplente convocada) e Ana Maria Ribeiro dos Reis. No mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Presidente

LUCIANO INOCÊNCIO DOS SANTOS
Relator

FORMALIZADO EM: 01 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Giovanni Christian Nunes Campos, Janaina Mesquita Lourenço de Souza e Gonçalo Bonet Allage.

Relatório

Considerando a brilhante clareza, que fez o órgão julgador de primeira instância, acerca dos fatos relativos ao contencioso, adoto o seu relato até aquela fase, como segue:

"Trata-se de pedido protocolizado em 23/07/2002 (fl. 01) solicitando a restituição do valor de R$ 534.899,39, que corresponde aos recolhimentos efetuados no período entre janeiro/1989 a dezembro/1993 por Martini & Rossi Ltda. - planilha às fls. 06/07 e cópias de DARF às fls. 10/24, a título de Imposto de Renda na Fonte incidente sobre o lucro líquido (ILL), nos termos do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, acrescido da taxa SELIC a partir de janeiro de 1996.

Os esclarecimentos juntados às fls. 02/04 fundamentam o pedido na declaração de inconstitucionalidade da exigência, com eficácia 'erga omnes' conferida pela Resolução do Senado Federal nº 82/96.

Foram ainda juntados aos autos os documentos de fls. 30/53, referentes ao Protocolo de Incorporação da Martini & Rossi Ltda. pela peticionária (Bacardi – Martini do Brasil Ind. e Com. Ltda) e alteração contratual, registrados na JUCESP, respectivamente em 02/02/1994 e 14/06/2002.

Em 14/10/2005 a interessada complementa seu pleito às fls. 56/57, afirmando que os créditos objeto do presente processo, relativos ao ILL dos anos-calendário de 1990 a 1992, foram utilizados no período de agosto de 2002 a fevereiro de 2003, mediante pedido de compensação, nos termos da IN SRF nº 21/97.

Ressalta também que a compensação foi realizada com base nos novos critérios esculpidos pelo art. 74, da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pelo art. 79 da Lei nº 10.637,

de 30/12/2002, que converte os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa em declaração de compensação, pelo que a contribuinte faria jus aos efeitos jurídicos traçados pela nova sistemática de compensação.

Em 26/01/2005 foi providenciada a juntada ao presente do processo nº 13819.000114/2005-08, protocolizado em 25/01/2005, relativo às declarações de compensação formalizadas pela contribuinte com o crédito aqui pleiteado, sob a justificativa de não ter sido possível a entrega por pedido eletrônico, nas quais são especificados débitos de IRRF em diversos códigos (extrato PROFISC às fls. 196/202).

Em 25/10/2005 o Serviço de Orientação e Análise Tributária – SEORT da DRF São Bernardo do Campo/SP, por meio do despacho decisório nº 250, de fls. 88/91, indeferiu a solicitação de restituição e não homologou as compensações apresentadas no processo nº 13819.000114/2005-08, tendo em vista que a autoridade responsável pela apreciação do pedido considerou que o direito de repetição do suposto indébito já se encontrava decaído, nos termos do Ato Declaratório SRF n.º 96, de 1999, uma vez que transcorreram mais de cinco anos entre a data do pagamento e o pedido.

Consigna, ainda, o despacho decisório que o parágrafo único do art. 1º da IN SRF 63/97 não se aplica ao caso presente, uma vez que a cláusula 10 do contrato social, fl. 69, prevê expressamente que os lucros apurados poderá ser distribuídos entre os sócios.

Tendo tomado ciência da decisão em 17/03/2006, Aviso de Recebimento – AR à fl. 105, a peticionária interpôs, em 13/04/2006, por meio de seus advogados e bastantes procuradores, às fls. 108/116, a manifestação de inconformidade contra o despacho decisório, aduzindo as razões de defesa adiante sintetizadas dirigidas aos dois fundamentos do indeferimento de seu pleito, quais sejam: o decurso de prazo para a formalização do pedido de restituição pela contribuinte e a distribuição imediata dos lucros aos sócios da empresa.

Inicialmente afirma a reclamante que diferentemente do que constou da decisão, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação de indébito tributário relativo ao ILL, antes controversa, depois de muita discussão judicial se pacificou no Poder Judiciário favoravelmente aos contribuintes, motivo pelo qual a SRF publicou a IN SRF nº 63, de 25/07/1997, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713/88, tanto para as sociedades anônimas como para as empresas por cotas e responsabilidade limitada, que é o caso da recorrente.

Objetivando comprovar a legalidade de seu pedido, reproduz ementas de acórdãos do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais em reforço ao entendimento ora expresso, concluindo que apenas com a publicação da IN SRF nº 63, de 25/07/1997 houve o reconhecimento pela Administração Tributária da improcedência do ILL para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Por outro lado, no que concerne à distribuição dos lucros aos sócios-quotistas, argúi que, ao contrário do alegado pela autoridade no despacho decisório, a prova documental é inequívoca e dispensa maiores comentários, uma vez que o contrato social, vigente no encerramento dos períodos de apuração, ou seja, 1990 a 1992, previa a obrigatoriedade de prévia deliberação dos sócios para a distribuição dos lucros, conforme se verifica nas cláusulas 8ª e 9ª da alteração contratual da incorporada Martini & Rossi Ltda, registrado na JUCESP em maio de 1990, que teria perdurado até 31/12/1993, fls. 154/160.

Conclui, requerendo a reforma do despacho recorrido para que seja declarado o direito à restituição dos valores de ILL recolhidos indevidamente ao erário.".

A manifestação de inconformidade foi apreciada pela DRJ/CAMPINAS-SP na sessão de 22/08/2006, cujo teor do acórdão (fls 204/215) foi dado ciência ao contribuinte em 19/10/2006 (fl. 219), com a seguinte ementa:

> *"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*
>
> *Ano-calendário: 1990, 1991, 1992*
>
> *Ementa: ILL - RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO - EXTINÇÃO DO DIREITO.*
>
> *Consoante Ato Declaratório SRF 96, de 1999, que vincula este órgão, o direito de a contribuinte pleitear a restituição/compensação de tributo e contribuição pagos em valor maior que o devido ou indevidamente, extingue-se no prazo de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito tributário.*
>
> *SOCIEDADE LIMITADA – DISPONIBILIDADE DOS LUCROS – ILL - CONSTITUCIONALIDADE.*
>
> *O Supremo Tribunal Federal, em interpretação conforme a Constituição, declarou que somente ocorre inconstitucionalidade, na exigência do imposto sobre o lucro líquido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando o contrato social for omisso quanto à distribuição dos lucros, ou prever, independentemente da manifestação dos sócios, destinação dos lucros outra que não a sua distribuição, por não caracterizar a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro apurado.*
>
> *Assunto: Normas de Administração Tributária*
>
> *Ano-calendário: 2002*
>
> *Ementa: INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO – PROCESSO APENSADO – DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO NÃO HOMOLOGADA.*
>
> *Inexistindo crédito da contribuinte junto à Fazenda Pública restam não homologadas as declarações de compensação apresentadas pela contribuinte no processo apensado."*

Na fundamentação do voto que deu origem ao referido acórdão, o relator destaca, inicialmente, as modificações introduzidas nas normas que tratam da compensação, a partir de 01/10/2002, esclarecendo acerca da inexistência de pedidos de compensação anteriores a vigência das referidas modificações normativas que pudessem ser convertidos em declarações de compensação.

Prossegue o ilustre relator asseverando que as declarações de compensação foram protocolizadas posteriormente estando assentadas nos autos do processo nº 13819.000114/2005-08, apensado aos autos do presente processo.

Por fim, fundamenta sua decisão, em linhas gerais, quanto á prescrição do crédito pleiteado, com base em atos da administração tributária dos quais alega não pode se escusar na formação de sua convicção.

Finalmente, conclui o relator, a sua decisão, discorrendo que mesmo que fosse superada a prescrição do crédito, não seria legítima a pretensão da recorrente, tendo em vista que, segundo sua alegação, o contrato social da recorrente prevê na sua cláusula 9ª, que o destino dos lucros depende da decisão das sócias e que, portanto, havia disponibilidade jurídica dos lucros no encerramento do exercício social, o que afastaria a inconstitucionalidade da exação.

Insurgindo-se contra esta decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário em 06/11/2006 (fls 242/252), cujos argumentos resumidamente são:

- O de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data de publicação da IN SRF nº 63/1997, reproduzindo decisões do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais reforçando o seu entendimento: e

- Os contratos sociais vigentes à época em que o indébito pleiteado foi recolhido, de fato, prevêem que o destino dos lucros depende da decisão das sócias, mas, ao contrário da conclusão do voto na decisão proferida pela DRJ/CPS-SP, isso não significa que havia disponibilidade jurídica dos lucros no encerramento do exercício social.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Luciano Inocêncio dos Santos, Relator

O recurso é tempestivo e preenche os pressupostos para sua admissibilidade, pelo que, dele conheço.

A questão do termo inicial do prazo de prescrição de tributo declarado inconstitucional pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, quer pelo controle concentrado, como pelo controle difuso, por vezes, já foi enfrentada por este conselho, razão pela qual, peço vênia, para fundamentar o deslinde desta questão, transcrevendo o voto do D. Conselheiro NELSON LÓSSO FILHO, que brilhantemente sintetiza este debate, cuja conclusão comungo, como segue:

"O prazo prescricional para se pleitear a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente está determinado no artigo 168 do Código Tributário Nacional, que o estabelece em 5 anos, "in verbis":

> *"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.*

II – na hipótese do inciso III do art. 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."

Já as situações determinantes para a se fixar o marco inicial para a contagem deste prazo, estão elencadas, exemplificativamente, nos incisos do artigo 165 do CTN, assim redigidos:

"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;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória."

Da análise das situações apontadas no art. 165 do CTN, vejo que os incisos I e II referem-se a erros cometidos em ocorrências não litigiosas, constatadas por iniciativa do sujeito passivo. Por outro giro, o inciso III aborda fato cujo indébito vem à tona por iniciativa de autoridade incumbida de dirimir uma situação jurídica conflituosa, conforme se percebe do seu texto na referência a "reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória".

Com excepcional lucidez este assunto foi abordado nesta Câmara pelo ilustre conselheiro José Antônio Minatel, no voto proferido no Acórdão nº 108-05.791, da sessão de 13/07/99, do qual extraio o excerto a seguir:

"Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da "data da extinção do crédito tributário", para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em ***situação fática não litigiosa****, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.*

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, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir "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" (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de 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."

Quando de declarações de inconstitucionalidade com efeito "erga omnes", somente com a pecha fixada pelo Supremo Tribunal Federal ou a exclusão do mundo jurídico pelo Senado Federal de determinada norma é que surge no cenário jurídico a figura do pagamento indevido, porque anteriormente existia a presunção da validade da norma e o valor devido deveria ser recolhido, não havendo motivo para iniciativa do contribuinte para a repetição do indébito.

Claro está, que no caso de repetição de indébito motivada por vício de forma, é necessária a ocorrência preliminar de declaração invalidando lei exigente do crédito tributário, por ferir, na forma ou conteúdo, norma hierarquicamente superior, concluindo pela cobrança indevida de tributo. Portanto, o direito a restituição tem seu início apenas após a declaração invalidando a sua exigência.

Hugo de Brito Machado, ilustre tributarista, entende que não existe direito a ser pleiteado administrativamente antes da declaração de inconstitucionalidade. Abaixo transcrevo excerto de texto do referido autor:

> *"Tenho sustentado, e constitui entendimento pacífico no âmbito da Administração Tributária Federal, que a autoridade administrativa não tem competência para dizer da inconstitucionalidade das leis. Inúmeras, reiteradas e uniformes manifestações dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda o atestam. Assim, sendo o pedido de restituição fundado na inconstitucionalidade da lei tributária, entendo que não há direito a ser pleiteado administrativamente. Não se pode cogitar da incidência do art. 168, inciso I, do CTN. Inexistente o direito, não se pode cogitar de sua extinção.*
>
> *O direito de pleitear a restituição, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Esta é a lição de Ricardo Lobo Torres, que ensina:*
>
> *"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da 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" (Restituição de Tributos, Forense, Rio de Janeiros, 1983, p. 169).*
>
> *Tem, é certo, o contribuinte, ação para pedir, perante o Judiciário, a restituição, tendo como fundamento a inconstitucionalidade da lei tributária, mas no que concerne a esta não existe prescrição. A*

interpretação conjunta dos artigos 168 e 169, do CTN, demonstra que tais dispositivos não se referem a esse tipo de ação. O art. 168 diz respeito ao pedido de restituição formulado perante a autoridade administrativa. E o art. 169 diz respeito à ação para anular decisão administrativa denegatória do pedido de restituição.

Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional."

No caso dos autos, trata-se do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido exigido com base no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, que teve a execução suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 82/96. Esta resolução se referia apenas às sociedades por ações. A extensão dos seus efeitos às demais sociedades aconteceu pela edição de ato administrativo, a Instrução Normativa SRF nº 63/97, publicada no DOU de 25/07/97, cujo art. 1º está assim redigido:

"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." (Grifei)

Ao incluir as sociedades limitadas no rol das empresas sobre as quais não deveria incidir o Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, a administração federal atendeu inteiramente ao que foi decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso nº 172058-1, assim ementado:

*"IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – SÓCIO QUOTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal **quando o** contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data de encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior." (grifei)*

O prazo prescricional de 5 anos previsto no "caput" do art. 168 do CTN é aqui aplicável. O que não encontra guarida são os fundamentos do Acórdão de Primeira Instância, ao considerar como termo inicial da contagem deste prazo a data do pagamento do tributo.

Este Conselho de Contribuintes já analisou o assunto em diversos julgados, posicionando-se no sentido de que o prazo prescricional para a restituição de indébito em situações conflituosas, em que exista manifestação do Supremo Tribunal Federal e Resolução do Senado Federal suspendendo a vigência de norma, tem como marco inicial para a contagem do prazo prescricional de 5 anos a data da publicação da Resolução.

Esta é a linha defendida no brilhante voto do Conselheiro Natanael Martins, no Acórdão nº 107-05.962, sessão de 10/5/2000, que recebeu a seguinte ementa:

> *"Contribuição Social – Exercício de 1989/Período Base de 1988 – Inconstitucionalidade – Restituição – Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e AD SRF nº 96/99 – Decadência – Indeferimento – Improcedência – Cabimento da restituição – Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos realizados, devendo-se tomá-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do Senado Federal, que deu efeitos "erga omnes" à declaração de inconstitucionalidade dada pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade."*

Também nesta Câmara, no Acórdão nº 108-06.283, o voto do ilustre Conselheiro José Henrique Longo abordou o tema, cuja ementa transcrevo:

> *"Decadência - Restituição do Indébito - Norma Suspensa por Resolução do Senado Federal - CSL do ano de 1988 - Resolução 11/95 - Nos casos de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, ocorre a decadência do direito à repetição do indébito depois de 5 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. Somente a partir desses eventos é que o valor recolhido torna-se indevido, gerando direito ao contribuinte de pedir sua restituição. Assim, no caso da CSL do ano de 1988, cuja norma legal foi suspensa pela Resolução 11/95, o prazo extintivo do direito tem início na data de sua publicação, 4 de abril de 1995."*

A Câmara Superior de Recursos Fiscais já enfrentou a matéria, exarando o Acórdão nº CSRF/01-03.239, sessão de 19 de março de 2001, relator o Conselheiro Wilfrido Augusto Marques, pacificando definitivamente o entendimento deste Primeiro Conselho de Contribuintes no mesmo sentido dos julgados acima citados, expressando-o pela seguinte ementa:

> *"DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para a 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 da exação tributária."*

O litígio já chegou ao Supremo Tribunal Federal que se posicionou nesta mesma linha pelo RE 141.331-0, em que foi Relator o Ministro Francisco Rezek, conforme ementa abaixo:

> *"Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do empréstimo compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido."*

De todo o exposto, no caso em voga, concluo que o prazo prescricional para a apresentação do pedido de restituição de tributo pago indevidamente, nos casos de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, é de cinco anos e tem início na data da publicação do ato administrativo que reconheceu como indevida a exação."

Desta forma, o pedido de restituição, formalizado pela recorrente, e, por conseguinte, as respectivas declarações de compensação, não estão alcançados pelo transcurso do prazo prescricional de 5 anos, porque foi protocolizado em 23 de julho de 1997 e a publicação da Instrução Normativa SRF nº 63/97, marco inicial para contagem, ocorreu em 25 de julho de 1997.

Pelos fundamentos expostos, voto no sentido de afastar a caducidade do direito da recorrente à restituição do indébito por meio das compensações declaradas.

Tratemos, pois, da questão da disponibilidade, quer econômica ou jurídica, dos lucros apurados, aos sócios, fator que legitima ou afasta a possibilidade do pleito da recorrente.

A elucidação da questão está amparada nas cláusulas dos contratos sociais da requerente e suas sucedidas no processo de reorganização societária, vigentes à época do recolhimento da exação, mais especificamente a 8ª e 9ª que versam sobre a distribuição dos lucros aos sócios,

Nesse sentido, o próprio órgão julgador de primeira instância, reconhece, no voto de sua decisão, que a aduzida disposição contratual prevê *"... que o **destino dos lucros depende** da decisão das sócias..."*(Grifamos), mas, com a devida vênia, conclui, equivocadamente, que isso significa *"... que havia disponibilidade jurídica dos lucros no encerramento do exercício social. ..."*, pois essa avença contratual, significa justamente o contrário.

Ora, se a destinação dos lucros está condicionada à ulterior deliberação dos sócios, diga-se de passagem até 4 (quatro) meses após o encerramento do exercício social, não há que se falar que no momento do encerramento desse mesmo exercício social já havia disponibilidade jurídica desses lucros, sob pena de afronta direta ao art. 117 do CTN.

Corrobora essa assertiva outra decisão deste conselho proferida por meio do Acórdão nº : 101-95.097, processo nº : 10855.002340/97-19, da 1ª Câmara, que ao tratar de caso idêntico ao que ora enfrentamos, assevera no voto da D. Conselheiro MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR, que assim versa:

"O contrato social assim dispunha, em sua cláusula 8ª:

"O exercício social compreende o período de primeiro de janeiro a trinta e um de dezembro, no final do qual será levantado balanço, apurados os resultados do exercício, do qual, feitas as deduções de lei, será apurado o saldo e mediante deliberação dos sócios poderá ser mantido em lucros acumulados ou distribuído na proporção de suas quotas do capital social." (destaques nossos)

Cristalina, data venia, a inexistência de imediata distribuição, pois presente previsão específica de necessidade de deliberação, além da possibilidade de destinação diversa da própria distribuição."

Por todo exposto, voto no sentido de que, *"in casu"*, há que ser acolhida a inconstitucionalidade da exigência do ILL declarado pelo E. STF, legitimando o pleito do indébito da requerente, devendo a decisão da DRJ/CPS-SP ser reformada.

Finalmente, dado a conexão do processo nº 13819.000114/2005-08, cujos autos encontram-se apensados ao presente processo e, tendo em vista o reconhecimento da legitimidade do crédito pleiteado, voto também no sentido de homologar as compensações cadastradas nos autos do referido processo.

Sala das Sessões, em 28 de maio de 2008.

Luciano Inocêncio dos Santos