



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Recurso nº. : 149.007
Matéria : EMBARGOS INOMINADOS
Embargante : COFRAN INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS LTDA.
Embargada : QUARTA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : FAZENDA NACIONAL
Sessão de : 06 de dezembro de 2007
Acórdão nº. : 104-22.893

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - ERRO MATERIAL - EMBARGOS -
Constatando-se a existência de erro material na decisão colegiada, impõe-se a retificação do respectivo Acórdão.

ILL - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF -
RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo a contagem do prazo para a formulação do pleito de restituição ou compensação tem início na data de publicação do acórdão proferido pelo STF no controle concentrado de inconstitucionalidade; ou da data de publicação da resolução do Senado Federal que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade; ou da data de publicação do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer período. O ILL das sociedades por quotas de responsabilidade limitada não foi alcançado pela Resolução nº. 82 do Senado Federal, tendo o reconhecimento da ilegitimidade da incidência ocorrido com a edição da Instrução Normativa SRF nº. 63, de 24/07/97, publicada no DOU de 25/07/97. Não tendo transcorrido lapso de tempo superior a cinco anos entre a data de publicação do referido ato e a data do pedido de restituição apresentado, deve ser afastada a decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição ou a compensação do tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

Embargos acolhidos.

Acórdão retificado.

Recurso provido.

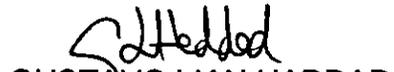
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos Inominados opostos por COFRAN INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS LTDA.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER os Embargos Inominados para, retificando o Acórdão nº. 104-21.765, de 27/07/2006, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento, para enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Antonio Lopo Martinez e Maria Helena Cotta Cardozo, que mantinham a decadência.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


GUSTAVO LIAN HADDAD
RELATOR

FORMALIZADO EM: 29 JAN 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, HELOÍSA GUARITA SOUZA, RENATO COELHO BORELLI (Suplente convocado) e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

Recurso nº. : 149.007
Recorrente : COFRAN INDÚSTRIA DE AUTO PEÇAS LTDA.

RELATÓRIO

Em 14 de novembro de 2001 o contribuinte acima mencionado ingressou com pedido de restituição dos recolhimentos efetuados a título de Imposto de Renda na Fonte sobre Lucro Líquido ("ILL"), de que trata o artigo 35 da Lei nº. 7.713 de 1988, dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 172058/SC em 30 de junho de 1995, com pedido de compensação de débitos.

Instruem o pedido do contribuinte os documentos de fls. 03/17.

Nos termos do despacho decisório de fls. 159/161, a Delegacia da Receita Federal em Santo André indeferiu o pedido por entender que ocorreu a decadência do direito do contribuinte de pleitear a restituição do crédito tributário, sob o fundamento de que teria transcorrido período superior a cinco anos entre os pagamentos indevidos e a apresentação do pedido de restituição. Para tanto, fundamentou-se nos artigos 150, §4º, 165, I e 168, I do Código Tributário Nacional, bem como no Ato Declaratório SRF nº. 96 de 1999 e Pareceres PGFN/CAT nº. 678 de 1999 e nº. 1.538 de 1999.

Contra referido despacho o requerente apresentou a manifestação de inconformidade (fls. 164/170), cujas alegações foram assim sintetizadas pela autoridade julgadora de primeira instância:

"3.1 - a exigência do ILL foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, para as sociedades anônimas, sendo que o Senado

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

Federal publicou a Resolução nº. 82/96 que suspendeu do ordenamento o art. 35 da Lei 7.713/88;

3.2 - o Conselho de Contribuintes já firmou o entendimento no sentido de que o prazo de cinco anos para a repetição de indébito do tributo inicia-se quando ele tornou-se indevido, pela edição da Resolução do Senado Federal nº. 82, de 18 de novembro de 1996, para as sociedades anônimas, ou a partir da IN SRF 63, de 24/07/97, para as empresas de responsabilidade limitada, que é o seu caso;

3.3 - requer o deferimento de seu pedido de restituição e compensação."

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas houve por bem indeferir a solicitação por entender estar caracterizada a decadência do direito de pedir a restituição, tendo em vista o transcurso de prazo superior a cinco anos entre os recolhimentos indevidos e o protocolo do pedido de restituição. Referida decisão encontra-se assim ementada (fls. 189/192):

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1992

Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 98/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeitos à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida."

Cientificado da decisão de primeira instância em 19/10/2005 (fls. 194^{vº}), contra ela o requerente interpôs, em 21/11/2005, o recurso voluntário de fls. 200/206, embasando sua irrisignação, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade, com ênfase para os precedentes deste C. Conselho de Contribuintes. Pede que este colegiado não somente afaste a decadência como também

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

aprecie o mérito deferindo o pedido de restituição e homologando as compensações efetuadas.

Em sessão de 27 de julho de 2006, esta C. Quarta Câmara deixou de conhecer do recurso, por intempestivo, nos termos do relatório e voto de fls. 242/247.

A Recorrente, devidamente intimada de tal decisão em 25/09/2006 (fls. 250vº), apresentou, em 02/10/2006, a manifestação de fls. 254/255, por meio da qual informa que o recurso voluntário foi enviado pelo correio no dia 18/11/2005 (último dia do prazo legal), tendo em vista o fato de que os agentes fazendários estavam em greve na referida data, informação essa confirmada pelos documentos de fls. 256/260 e informação de fls. 270.

Por meio do despacho nº. 104-399/2006 a I. Presidente desta C. Quarta Câmara recebeu a manifestação da Recorrente como Embargos Inominados, tendo determinando a inclusão em pauta de julgamento do presente processo. Ciente a Procuradoria da Fazenda Nacional em 29/11/2006.

É o Relatório.

SUA

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

VOTO

Conselheiro GUSTAVO LIAN HADDAD, Relator

Trata-se de manifestação apresentada pela Recorrente, recebida pela I. Presidente desta C. Quarta Câmara como Embargos, por meio da qual pleiteia a reforma da decisão que não conheceu do recurso voluntário por intempestivo.

Como se verifica dos autos, a Recorrente sustenta que no dia do prazo 18/11/2006, os auditores fiscais encontravam-se em greve, razão pela qual a Recorrente se viu obrigada a efetuar o envio de seu recurso pelos correios, como comprova a cópia do AR de fls. 260.

Por meio do despacho de fls. 270 a autoridade preparadora confirmou (i) a data de postagem e recebimento do recurso, bem como (ii) a existência da greve.

Entendo que assiste razão à Embargante. O recurso foi protocolizado pela via postal em 18/11/2006, pelo que é tempestivo e merece ser conhecido.

No mérito, trata-se de pedido de restituição de ILL recolhido nos anos de 1989 a 1992, com posterior pedido de compensação nos termos da legislação em vigor, efetuado pela requerente pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Seu pleito foi indeferido pela autoridade a quo sob o fundamento da decadência do direito de restituir, uma vez que transcorridos mais de cinco anos entre os recolhimentos indevidos (a data do último recolhimento, a título exemplificativo, se deu em

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

junho de 1993) e a apresentação do pedido de restituição, protocolizado em 14 de novembro de 2001.

O ILL foi instituído pelo artigo 35 da Lei nº. 7.713/88, posteriormente declarado inconstitucional pelo plenário do STF relativamente às sociedades anônimas e às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, neste último caso quando, segundo o contrato social, não dependia do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. O *leading case* foi formado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, em acórdão assim ementado:

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

Constou ainda do 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."

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

Como se tratava de decisão proferida pelo plenário do STF no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sem, portanto, efeito *erga omnes*, o Senado Federal, após o recebimento de ofício do STF e no exercício da atribuição prevista no art. 49, X da Constituição Federal de 1988, promulgou a Resolução nº. 82, de 18 de novembro de 1996, publicada no DOU em 19 de novembro de 1996, suspendendo a execução do artigo 35 da Lei nº. 7.713 de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.

A Secretaria da Receita Federal, com vistas a dar efetividade à decisão do STF e a cumprir a resolução do Senado Federal, e com amparo no Decreto n. 2.194/1997, editou a Instrução Normativa n. 63, de 24 de julho de 1997, publicada no DO de 25 de julho de 1997, que estabeleceu:

"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 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."

Assim sendo, ficou definitivamente reconhecida a ilegitimidade da incidência do ILL no caso de sociedades anônimas e de sociedades por quotas de responsabilidade limitada nas hipóteses em que o contrato social não previa a disponibilidade imediata dos lucros aos sócios quotistas.

Cinge-se a discussão no presente litígio à determinação de qual seria o marco inicial da contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do ILL, cuja exigência se ampara em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em regra, o prazo decadencial do direito à restituição de tributos indevidamente recolhidos encerra-se após o decurso do prazo de cinco anos contados da

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

extinção do crédito tributário, a teor do que estabelecem os arts. 165, I e 168, I do CTN. E foi justamente por identificar a data do pagamento indevido como momento em que ocorreu a extinção do crédito tributário que a autoridade julgadora de primeira instância indeferiu o pedido formulado pela recorrente.

Data máxima vênia, tratando-se, como no caso dos autos, de direito decorrente de solução de situação conflituosa, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial não poderá ser o momento da extinção do crédito tributário pelo pagamento, já que sua fixação está intimamente ligada ao momento em que o imposto passou a ser indevido.

Até porque antes deste momento os pagamentos efetuados pela requerente decorriam de dispositivo legal colhido pela presunção de legitimidade, que seria afastada apenas com a publicação da Resolução n. 82 do Senado Federal ou da Instrução Normativa n. 63 da Secretaria da Receita Federal, conforme o caso.

Até decisão judicial ou administrativa em contrário, ao contribuinte cabe dobrar-se à exigência legal tributária. Reconhecida, porém, sua inexigibilidade, quer por decisão judicial com efeito *erga omnes* quer por ato da administração pública, a partir de então estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do CTN e iniciando a contagem do respectivo prazo decadencial.

Destarte, se por decisão legislativa e entendimento da administração tributária o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo, a reforma dessa decisão por ato do Poder Judiciário ou por reconhecimento da própria administração tem o efeito de deslocar o termo inicial do pleito à restituição do indébito para data de publicação do mesmo ato.

Assim, a regra geral segundo a qual o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos contados da data da extinção do crédito

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

tributário deve ser afastada nas situações envolvendo conflito quando à legitimidade da incidência, em que ocorre declaração de inconstitucionalidade pelo STF da lei em que se fundamentou o gravame ou reconhecimento pela administração tributária da não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer período pretérito.

Em outras palavras, declarada a inconstitucionalidade - com efeito *erga omnes* - da lei que estabelece a exigência do tributo, ou editado ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, deverá este ser o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo recolhido em qualquer exercício pretérito.

É de lavra do ex-Conselheiro José Antonio Minatel, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, voto precursor nos Conselhos de Contribuintes a respeito do tema, a seguir parcialmente transcrito:

“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 solução 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 solução jurídica 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.” (Acórdão nº 108-05.791, sessão de 13/07/1999)

SLL

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

Esse posicionamento encontra-se atualmente pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, assim ementado:

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

Nos casos em que o Supremo Tribunal Federal julga determinada norma inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito do chamado controle concentrado de constitucionalidade, o termo inicial para a contagem do prazo para restituição dos pagamentos indevidos é a data da publicação do respectivo acórdão, eis que a decisão, nesse caso, tem efeito *erga omnes*.

Por outro lado, quando a norma é declarada inconstitucional pelo STF em sede de recurso extraordinário, com produção de efeitos apenas inter partes, é necessária a edição de outro ato que estenda o efeito da decisão do STF a terceiros não envolvidos no processo em que se deu a declaração de inconstitucionalidade, o que no caso do ILL recolhido pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada se deu com a publicação da Instrução Normativa SRF nº. 63 de 1997, ocorrida em 25 de julho de 1997, já que a Resolução nº. 82 do Senado Federal alcançou apenas as sociedades anônimas.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13820.000831/2001-69
Acórdão nº. : 104-22.893

No caso em tela, o pedido de restituição foi protocolizado pela recorrente, pessoa jurídica constituída sob a forma de sociedade limitada, em 14 de novembro de 2001, dentro, portanto, do prazo decadencial de cinco anos que se iniciou em 25 de julho de 1997, com a publicação Instrução Normativa SRF nº. 63.

Em face do exposto, voto no sentido de conhecer dos embargos para, sanando erro material, rerratificar o acórdão 104-21.765, de 27/07/2006, e DAR provimento ao recurso voluntário para AFASTAR a decadência do direito de pleitear da recorrente e, com vistas a evitar a supressão de instância de julgamento, DETERMINAR à autoridade julgadora de primeira instância que enfrente o mérito, e, a partir daí, dê regular andamento ao processo.

Sala das Sessões - DF, em 06 de dezembro de 2007


GUSTAVO LIAN HADDAD