



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Recurso nº : 139.003
Matéria : IRF/ILL - ANO (S): 1990 a 1992
Recorrente : JOFEGE – PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP
Sessão de : 12 de setembro de 2005
Acórdão nº : 102-47.047

DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – O prazo decadencial para que o sujeito passivo possa pleitear a restituição e/ou compensação de valor pago indevidamente somente começa a fluir após a Resolução do Senado que reconhece e dá efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou, a partir do ato da autoridade administrativa que concede à contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição, eis que somente a partir dessa data é que exsurge o direito à repetição do respectivo indébito.

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – Afastada a decadência, procede o julgamento de mérito em primeira instância, em obediência ao Decreto nº 70.235, de 1972.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JOFEGE – PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, para AFASTAR a decadência e determinar o retorno dos autos à 5ª Turma da DRJ/CAMPINAS-SP para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro José Oleskovicz que acolhe a decadência do direito de repetir.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Lhe', written in a cursive style.

LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 24 JAN 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM e ROMEU BUENO DE CAMARGO.



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

Recurso nº : 139.003
Recorrente : JOFEGE – PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA.

RELATÓRIO

JOFEGE – PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 62.162.847/0001-20, apresentou em 20/11/2001 (fls. 01/03), pedido de restituição/compensação de tributo, notadamente Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, instituído pelo artigo 35 da Lei nº 7.713/1988, indevidamente recolhidos em 30/04/1991 a 31/05/1993 (anos base 1990 a 1992, fls. 04/17).

A Recorrente, entre outros documentos (fls. 04/40), colacionou aos autos cópias autenticadas de DARFs (fls. 04/17), planilha de atualização de valores referente ao ILL (fl. 18), cartão de identificação de pessoa jurídica (fl. 19), cópias autenticadas das alterações do contrato social (fls. 20/20), pedido de compensação (fls. 41/43), nos quais buscou demonstrar recolhimentos indevidos do ILL.

Na apreciação do pedido, a Seção de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Jundiaí – SP, indeferiu a solicitação (fls. 51/52), sob o fundamento seguinte:

“(…)

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7713/88, que instituiu o Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL, o pleito não prospera na via administrativa, posto que a pretensão se esbarra no disposto no Ato Declaratório SRF nº 96/99, a saber:

‘1 – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributos e contribuições pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive nas hipóteses de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – art. 165, I, e 168, I, da Lei 5172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).’



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11

Acórdão nº : 102-47.047

Isso posto, e considerando que a atividade administrativa é vinculada e obrigatória, nos termos do art. 142 do CTN, INDEFIRO o pedido de restituição (ipsis litteris, fl. 51).

Inconformada, em 16/05/2002, a contribuinte apresentou sua manifestação de inconformidade (fls. 54/62), na qual historiou os fatos motivadores do indébito, citou a Resolução nº 82, do Senado Federal, de 19/11/1996, o Parecer COSIT nº 58/1998, de 27/10/1998 (sobre a retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade).

A favor de sua pretensão referiu-se a decisões deste Egrégio Conselhos de Contribuintes e do Poder Judiciário. Por fim, requereu a "(...) reforma do despacho decisório emitido no Processo nº 13839.002210/2001-11, a fim de dar-se por procedente e permitir-se a continuidade do Pedido de Restituição cumulado com Pedidos de Compensação (...)"(fl. 62).

A colenda Quinta Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas – SP, por meio do Acórdão DRJ/CPS nº 5.656, de 23/12/2003 (fls. 64/67), ratificou o despacho da DRF de origem. A ementa que consubstanciou a decisão recebeu a redação seguinte, *in verbis*:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 31/12/1990 a 31/12/1992

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

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, 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 sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida." (fl. 64).

Cientificada da decisão em 12/01/2004 (fl. 69), e com ela não se conformando, a contribuinte, por intermédio de patrono constituído, interpôs tempestivamente (30/01/2004, fl. 70), seu Recurso Voluntário (fls. 70/80), no qual, reiterou, basicamente, os mesmos argumentos de sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13839.002210/2001-11

Acórdão nº : 102-47.047

VOTO

Conselheiro LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Consoante se observa dos autos, trata-se de pedido de restituição/compensação do ILL, cujo recolhimento teria ocorrido indevidamente.

Para o deslinde da questão faz-se necessário referirmo-nos ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do RE 172.058-1/SC (D. J. de 13/10/1995, rel. Min. Marco Aurélio), no qual ficou decidido pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/1988, uma vez determinar esse dispositivo incidência do Imposto sobre a Renda sem que houvesse a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica prevista no artigo 43 do Código Tributário Nacional e albergada pelo artigo 153, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Com esse julgamento adveio a Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/1996, publicada em **19/11/1996**, que conferiu efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em ação que julgou a inconstitucionalidade de tributo, *verbis*:

"Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei 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."

O texto da Lei nº 7.713/1988, excluído do ordenamento jurídico, em face da Resolução, mantinha a seguinte redação:

"Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou 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."

LM



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

Por sua vez, em se tratando de quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, "em vista do que ficou decidido pela Resolução 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", editou a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997 (D.O.U. de 25/07/1997), *verbis*:

*"Art. 1^º 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 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."*
(g. n.).

No caso dos autos, a ora Recorrente, dentro do prazo decadencial de cinco anos, 20/11/2001 (fl. 01), protocolizou o Pedido de Restituição do pagamento indevido na unidade da Secretaria da Receita Federal.

O indeferimento do pedido fez referência ao Parecer PGFN/CAT n.º 1.538/1999, ao Ato Declaratório nº 96/1999, tendo como apoio artigo 168, inciso I, combinado com o artigo 165, ambos do Código Tributário Nacional, cuja redação é a que segue, *verbis*:

"Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

*I – nas hipótese 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."*

(...)

"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 edificação¹ 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."

lu

¹ Vocábulo "edificação" empregado equivocadamente. O correto seria "identificação".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

Com efeito, é de ser restituído ao sujeito passivo o valor de tributo indevido, cobrado ou recolhido espontaneamente, em face da legislação tributária aplicável.

No presente caso, a legislação aplicável foi a redação original do artigo 35 da Lei nº 7.713/1988, que determinava a exação tributária. Contudo, a ADIN que julgou inconstitucional esse dispositivo legal provocou a edição da Resolução do Senado Federal, na qual determinou-se a suspensão (retirada) do dispositivo supra-referido do ordenamento jurídico. Aplica-se à espécie, ainda, o artigo 168 do CTN, que determina prazo para que a devolução dos valores pagos indevidamente, além da IN/SRF nº 63, de 24/07/1997, que estabeleceu procedimentos a serem observados pelas **sociedades por quota de responsabilidade limitada**, inclusive delimitando prazo decadencial.

Nesse sentido, é robusta a doutrina, bem como a jurisprudência deste Egrégio Conselho, senão vejamos:

"DECADÊNCIA - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - NORMA SUSPensa POR RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL - ILL - 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 do ILL, cuja norma legal foi suspensa pela Resolução nº 82/96, o prazo extintivo do direito tem início na data de sua publicação." (acórdão 108-06.808, sessão de 22/01/2002, rel. Cons. José Henrique Longo).

ILL - ART. 35, DA LEI Nº 7713/88 - INCONSTITUCIONALIDADE - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - 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 toma-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, do Senado Federal, que suspendeu a execução do citado artigo a expressão "o acionista", conferindo afeitos "erga omnes" à decisão proferida pela Suprema Corte." (acórdão 107-06.568, sessão de 19/03/2002, rel. Cons. José Clóvis Alves).

"DECADÊNCIA - PEDIDO DE RSTITUIÇÃO - 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



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.” (acórdão 106-12.786, sessão de 11/07/2002, rel. Cons. Wilfrido Augusto Marques).

“DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL – O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributo pago indevidamente, inicia-se na data da publicação de ato administrativo que reconhece indevida a exação tributária.” (acórdão 106-14.316, sessão de 11/11/2004, rel. Cons. Pres. José Ribamar Barros Penha).

“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.” (acórdão CSRF 01-03.239).*

Cumpre ter presente, na espécie, a sedimentação jurisprudencial, que, firmada por este Egrégio Tribunal Administrativo, consagra a possibilidade jurídico-constitucional de repetição de recursos indevidamente recolhidos ao Fisco, quando presentes os princípios gerais de Direito Tributário, mormente o da estrita legalidade e o da verdade material.

Impõe-se observar, ainda, que o termo inicial para pleitear restituição de tributos arrecadados indevidamente por **sociedades por quotas de responsabilidade limitadas** extingue-se com o decurso do prazo decadencial de cinco anos contados da data da vigência da Instrução Normativa SRF n.º 63/1997, ou seja, **25/07/1997**, data de sua publicação.

Ademais, para que não restem dúvidas sobre o direito à restituição, imprescindível a intimação da empresa para acostar novos documentos, que entender necessários, para o exame do seu pedido.

Em face do exposto, voto no sentido de afastar a decadência do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos à DRJ competente,



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

Processo nº : 13839.002210/2001-11
Acórdão nº : 102-47.047

Quinta Turma da DRJ em Campinas - SP, para que seja (am) apreciado (s) o (s) pedido (s) nos exatos termos da legislação que disciplina a matéria, com repetição do indébito porventura constatado. Inclusive, caso necessário ao deslinde da questão, seja solicitado a (s) interessada (s) a juntada do contrato social vigente (s) à época, declaração de ajuste anual do IRPJ, bem como outros documentos que se fizerem necessários.

Por derradeiro, ressalvo o entendimento de que a autoridade competente para apreciação do pedido de repetição de indébito é a **DRF** da jurisdição da interessada, despicando, em homenagem aos princípios da verdade material e economia processual, nova provocação da autoridade julgadora *a quo*. Dito isso, curvo-me ao posicionamento majoritário desta Colenda Segunda Câmara.

Sala das Sessões - DF, em 12 de setembro de 2005.

LEONARDO HENRIQUE M. DE OLIVEIRA