



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

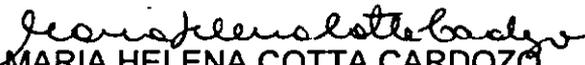
Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Recurso nº. : 150.090
Matéria : IRPF - Ex(s): 1989
Recorrente : LINOFORTE AGROPECUÁRIA LTDA
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 26 de julho de 2006
Acórdão nº. : 104-21.735

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - Conta-se a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº. 82, em 19 de novembro de 1996, o prazo para a apresentação de requerimento para restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido (ILL), inclusive para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por LINOFORTE AGROPECUÁRIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Heloísa Guarita Souza (Relatora), Nelson Mallmann e Gustavo Lian Haddad, que proviam o recurso para afastar a decadência. Os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Maria Beatriz Andrade de Carvalho e Maria Helena Cotta Cardozo votaram pela conclusão. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Remis Almeida Estol.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735


REMIS ALMEIDA ESTOL
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2006

Participou, ainda, do presente julgamento, o Conselheiro OSCAR LUIZ MENDONÇA DE
AGUIAR. *gl*

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Recurso nº. : 150.090
Recorrente : LINOFORTE AGROPECUÁRIA LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido – ILL (fls.01/05), protocolado em 24 de julho de 2.002, por LINOFORTE AGROPECUÁRIA LTDA, CNPJ nº 46.478.038/0001-75, relativamente a recolhimento supostamente indevido, realizado em 30 de abril de 1.990, cumulado com pedido de compensação com outros tributos.

O Contribuinte sustenta ser indevido o recolhimento de ILL realizado em 30 de abril de 1.990, no valor originário de NCz\$ 215.260,82, em razão do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 172.058-SC que, ao examinar o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarou-o inconstitucional, quando não houver no contrato social a expressa determinação da distribuição automática dos lucros aos sócios.

Às fls. 06 consta cópia do DARF de recolhimento do ILL em questão, cujo pagamento foi confirmado às fls. 25, pela autoridade administrativa competente. Às fls. 07, o Contribuinte juntou uma declaração na qual atesta que não está discutindo essa matéria judicialmente e, às fls. 08/24 estão cópias do contrato social e alterações da Empresa.

Em atendimento à solicitação da Delegacia da Receita Federal em Presidente Prudente (fls. 36), o Contribuinte anexou cópia completa do seu contrato social e de todas as suas alterações, ocorridas até 31.12.1989 (fls. 38/87).

Com fundamento no Parecer DRF/PPE/Saort nº 64, de 11.11.2003 (fls. 90/93), a autoridade administrativa da DRF de Presidente Prudente indeferiu o pedido de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

restituição, por entender que o direito creditório do Contribuinte já estaria decaído, quando do protocolo do requerimento (fls. 94).

Às fls. 99, comparece o Contribuinte aos autos, em atendimento à Intimação de fls. 97, para esclarecer que até aquele momento (12.12.2003), não realizou nenhuma compensação com o crédito tributário pleiteado.

Intimado via AR, em 23.12.2003 (fls. 101), do indeferimento do seu requerimento, a Empresa apresentou Manifestação de Inconformidade (fls.102/106), na qual repete os mesmos argumentos já desenvolvidos.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, por meio do acórdão nº 10.146, de 02.12.2005, da sua 3ª Turma, à unanimidade de votos, com fundamento nos artigos 165 e 156, do CTN, do AD SRF nº 96/1999 e no Parecer PGFN nº 1538/99, confirmou o indeferimento da solicitação (fls. 109/112), concluindo que (fls. 109):

“Ementa: RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. ILL

O direito de pleitear a restituição de pagamentos indevidos decai no prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário.
Solicitação Indeferida.”

Intimado via AR, em 11.01.2006 (fls. 116), o Contribuinte apresentou seu Recurso Voluntário em 10.02.2006 (fls. 117/120), nada acrescentando às razões já expendidas.

É o Relatório.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

VOTO VENCIDO

Conselheira HELOÍSA GUARITA SOUZA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há que se falar em pressuposto para a sua admissibilidade, pois se trata de pedido de restituição. Dele, então, tomo conhecimento.

A matéria aqui tratada é do pleno conhecimento deste Conselho de Contribuintes, já se encontrando, inclusive, pacificado o seu entendimento.

Trata-se de definir o marco temporal inicial da contagem do prazo do direito à restituição do Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, a que se refere o artigo 35, da Lei nº 7.713, declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, para as sociedades anônimas.

No caso concreto, estamos diante de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o que exige uma apreciação à parte, quanto à conclusão sobre a tempestividade ou não do seu requerimento, protocolado em 24 de julho de 2.002, e que se refere a um pagamento feito em 30 de abril de 1.990.

Tanto a DRF, quanto a DRJ, entendem que o prazo de cinco anos, a que se refere o artigo 165, do CTN, deve ser contado a partir da data do pagamento do tributo, tido como indevido.

Porém, também nessa Câmara, a matéria já tem um direcionamento definido e em sentido contrário àquele, do que é exemplo o acórdão nº 104-20.939, de 11.08.2005, da lavra do Conselheiro Nelson Mallmann e cuja ementa esclarece:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

“ILL - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; ou da data de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Tratando-se do ILL de sociedade por quotas, não alcançada pela Resolução nº 82/96, do Senado Federal, o reconhecimento deu-se com a edição da Instrução Normativa SRF nº 63, publicada no DOU de 25/07/97. Assim, não tendo transcorrido entre a data do ato da administração tributária e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, é de se considerar que não ocorreu a decadência do direito de o contribuinte pleitear restituição ou compensação de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

Recurso provido.”

Adoto exatamente a mesma conclusão acima esposada, qual seja, de que, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o “*dies a quo*” para a contagem do prazo decadencial do direito à restituição do ILL é a data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 25.07.1997, ato administrativo que reconheceu ser indevido o pagamento do ILL pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando o seu contrato social não prevê a distribuição automática dos lucros.

A fundamentação para esse entendimento extraio das razões de decidir do supra-citado acórdão, as quais transcrevo abaixo, como parte integrante desse voto:

“Desta forma, neste processo cabe, inicialmente, a análise do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para requerer a restituição de tributos e contribuições declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou reconhecidos como indevidos pela própria administração tributária.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Em regra geral o prazo decadencial do direito à restituição de tributos e contribuições encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, ou seja, data do pagamento ou recolhimento indevido.

Observando-se de forma ampla e geral é líquido é certo que já havia ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Diz o Código Tributário Nacional:

'Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...).

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;

(...).

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;

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

'Art. 900. O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I - da data do pagamento ou recolhimento indevido;'

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Entretanto, no caso dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria, ou seja, se faz necessário verificar de forma específica se em casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo supremo tribunal ou quando a administração tributária reconhece a não incidência de determinado tributo, o prazo decadencial, para pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente, seguiriam a regra geral acima mencionada.

Assim, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, o termo inicial não poderá ser o momento da extinção do crédito tributário pelo pagamento, já que a fixação do termo inicial para a apresentação do pedido de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento os pagamentos efetuados pelo requerente eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, o suplicante agiu dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei.

Isto é, até a decisão judicial ou administrativa em contrário, ao contribuinte cabe dobrar-se à exigência legal tributária. Reconhecida, porém, sua inexigibilidade, quer por decisão judicial transitada em julgado, quer por ato da administração pública, sem sombra de dúvidas, somente a partir deste ato estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do C.T.N.

Porquanto, se por decisão do Estado, pólo ativo das relações tributárias, o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo até então, ou sofrer-lhe as sanções, a reforma dessa decisão condenatória por ato da própria administração, tem o efeito de tornar o termo inicial do pleito à restituição do indébito a data de publicação do mesmo ato.

Não há dúvidas, que na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Sendo exceção à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei em que se fundamentou o gravame ou de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, momento em que o início da contagem do prazo decadencial desloca-se para a data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional, ou da data do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade - com efeito, erga omnes - da lei que estabelece a exigência do tributo, ou de ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, este, a princípio, será o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Ora, se para as situações conflituosas o próprio CTN no seu artigo 168 entende que deve ser contado do momento em que o conflito é sanado, seja por meio de acórdão proferido em ADIN; seja por meio de edição de Resolução do Senado Federal dando efeito erga omnes a decisão proferida em controle difuso; ou por ato administrativo que reconheça o caráter indevido da cobrança.

Este é o entendimento já pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa se transcreve abaixo:

'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 á decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.'

Admitir entendimento contrário é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que à Administração Tributária não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, determinando-se ao contribuinte socorrer-se perante o Poder Judiciário. O enriquecimento do Estado é ilícito porque é feito às custas de lei inconstitucional.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

A regra básica é a administração tributária devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-la a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução.

No caso específico questionado nos autos, qual seja, ILL de sociedade por quotas, não alcançada pela Resolução nº 82/96, do Senado Federal, a contagem do termo inicial da decadência do direito de pleitear restituição ou compensação deve ser a data da publicação da IN SRF nº 63, de 24/07/97. Assim, é de se dar razão ao pleito do recorrente, no aspecto da decadência do direito de pleitear restituição de indébito tributário, pelas razões abaixo.

Após sucessivos questionamentos judiciais, por parte de um sem número de contribuintes, acerca da incidência do aludido imposto, junto às várias esferas do Poder Judiciário, a questão finalmente chegou ao Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 172.058-SC, que, em sessão de julgamento pelo Tribunal Pleno, na data de 30 de junho de 1995, houve por bem declarar a inconstitucionalidade, em certas situações, do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988.

É conclusivo, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

'EMENTA

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)'.

Diz ainda o julgado:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

'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.'

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Por outro lado, em decorrência de tal decisão, o Senado Federal, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal editou a Resolução nº 82, de 18/11/96, que suspendeu a execução do artigo 35 da referida Lei Federal nº 7.713, de 1988, nos seguintes precisos termos:

'O Senado Federal resolve:

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.'

A administração da Secretaria da Receita Federal preocupada e visando dar efetividade a decisão do Supremo Tribunal, bem como cumprir a decisão do Senado Federal, e tendo como suporte de validade o Decreto nº 2.194, de 07/04/97, o qual dispõe em seu artigo 1º que 'Fica o Secretário da Receita Federal autorizado a determinar que não sejam constituídos créditos tributários baseados em lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originalmente ou mediante recurso extraordinário.', o Secretário da Receita Federal editou, em consonância com o julgado do Supremo Tribunal Federal, a Instrução Normativa nº 63, de 24/07/97, com a finalidade de evitar

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

litígios em processos administrativos, sobre as matérias tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, que diz:

'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.'

Desta forma, no caso em análise, não tenho dúvidas em afirmar que somente a partir da publicação da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal n.º 63, de 24 de julho de 1997 (DOU de 25 de julho de 1997) surgiria o direito do requerente em pleitear a restituição do imposto sobre o lucro líquido, porque esta Instrução Normativa estampa o reconhecimento da Autoridade Tributária pela não-incidência 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, situação não abrangida pela Resolução do Senado Federal nº 82/96.

É cristalino, que a Resolução do Senado Federal nº 82/96, abrangeu, somente, as sociedades anônimas (expressão acionistas), não afetando as demais sociedades, fato este, somente, reconhecido pela IN SRF 63/97.

Ora, o prazo decadencial 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.

Em conclusão entendo que nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; ou da data de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Tratando-se do ILL de sociedade por quotas, não alcançada pela Resolução nº 82/96, do Senado Federal, o reconhecimento deu-se com a edição da Instrução Normativa SRF nº 63, publicada no DOU de 25/07/97."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

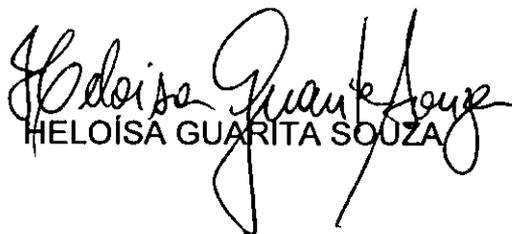
Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Assim, não há que se falar em decadência do pleito original desse processo, uma vez que o seu protocolo ocorreu em 24 de julho de 2.002 (fls. 01), último dia possível, mas dentro, portanto, do prazo de cinco anos, contados de 25 de julho de 1.997, data da publicação da multi-citada Instrução Normativa SRF nº 63/97.

Registre-se, ainda, que nos autos constam o contrato social e suas alterações subseqüentes do Contribuinte (fls. 08/24 e 38/87), indicativos de que a distribuição dos lucros não era automática (vide cláusula oitava). Porém como são elementos que não foram examinados, nem pela DRF, nem pela DRJ, não podem ser, de plano, apreciados por esse Conselho, a fim de não se suprimir instância de julgamento e nem prejudicar o amplo direito de defesa da Contribuinte e o contraditório. Por esse motivo, afastada a decadência, os autos devem retornar à repartição de origem, para a análise do mérito em si do pedido.

Ante ao todo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para afastar a decadência do direito de pleitear a restituição do ILL e determinar o retorno dos autos à Repartição de Origem, para enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 26 de julho de 2006


HELOÍSA GUARITA SOUZA

Processo n.º : 13848.000182/2002-79
Acórdão n.º : 104-21.735

VOTO VENCEDOR

Conselheiro REMIS ALMEIDA ESTOL, Redator-designado

Em que pese o respeito e admiração que dedico a ilustre relatora, vou me permitir discordar de seu posicionamento quanto ao termo inicial da decadência, envolvendo pedido de restituição do ILL das sociedades por quotas de responsabilidade, por ele tida como sendo a data da Instrução Normativa n.º. 63/1997.

De antemão, deixo consignado que as decisões do STF traduzidas no controle da constitucionalidade de leis somente se aplicam a todos os contribuintes se decididas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. É que neste caso, o controle concentrado, como o próprio nome diz, tem por objetivo evitar diversas decisões conflitantes sobre uma mesma norma.

Mas, por outro lado, não se pode esquecer que nos casos de controle difuso, desde que haja superveniente Resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), também passa a ter eficácia *erga omnes*.

É o que ocorreu no caso do art. 35, da Lei n.º 7.713/88 quando, após o julgamento do STF, o Senado Federal expediu a Resolução n.º 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo parcialmente a execução do dispositivo enfocado.

Por essa razão, tenho que somente a partir da publicação da aludida Resolução, em 19 de novembro de 1996, é que ficaram caracterizados como indevidos os pagamentos relativos ao ILL, o que é corroborado por farta jurisprudência deste Conselho.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Devo esclarecer que aderi a essa jurisprudência após muita reflexão e, principalmente, pela gravidade do motivo (inconstitucionalidade), apesar de convencido de que os pilares de sustentação dos prazos decadenciais é que, não se suspendem, não se interrompem e, muito menos, que recomecem.

Salvo essa hipótese, mantenho firme minha posição na linha da regra geral, ou seja, que o prazo decadencial para repetir indébito se inicia com a extinção do crédito tributário, que corresponde à data do pagamento, nos exatos termos do art. 168 combinado com art. 165, ambos do Código Tributário Nacional.

Basicamente é por esses motivos que não vejo como deslocar o termo inicial da decadência do direito de pleitear a restituição do ILL, recolhido nos termos do art. 35 da Lei n.º 7.713/88, para a data da edição da IN n.º 63/97, mesmo em relação às sociedades constituídas por quotas de responsabilidade limitada.

Mas não é só, o fato é que o voto do relator Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário n.º 172.058, julgado pelo Supremo Tribunal Federal e que ensejou a edição da Resolução do Senado, também enfrentou o tema em relação com enfoque nas sociedades limitadas, nas mesmas condições trazidas na Instrução Normativa n.º 63/97 (indisponibilidade imediata do lucro líquido aos sócios), vejamos:

**"Instrução Normativa SRF, n.º 63, de 24 de julho de 1997.
DOU de 25/07/1997, pág. 16041**

Determina a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional e o cancelamento do lançamento nos casos que especifica.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado n.º 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto n.º 2.194, de 7 de abril de 1997, resolve:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

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.

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. 1.º, 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 Revoga-se as disposições em contrário."

Uma simples leitura da Instrução Normativa faz concluir que seus termos não passam de mero comando dirigido à própria administração, com o único propósito de instrumentalizar a conduta dos Auditores Fiscais que atuam em atividade vinculada, jamais se podendo estender seu alcance e/ou grandeza suficientes para marcar um novo marco inicial para contagem de decadência.

A natureza não constitutiva da IN n.º 63/97 é confirmada logo no comando primeiro (não constituição de crédito tributário), dirigido às sociedades por ações e, logo em seguida, estendendo a conduta, meramente administrativa, para as sociedades limitadas, nada mais do que isso.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13848.000182/2002-79
Acórdão nº. : 104-21.735

Portanto, e até por uma questão de isonomia, tenho que o prazo decadencial para a restituição do ILL teve início na data da publicação da Resolução do Senado Federal n.º 82/1996, em 19/11/1996, inclusive para as empresas constituídas sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

De resto, aplicada a regra geral de contagem dos prazos, onde é excluído o dia inicial para ser incluído o dia final, temos que a contagem do prazo decadencial se iniciou em 20/11/1996, findando em 19/11/2001 e, portanto, já decorrido o prazo preclusivo, vez que o pedido da interessada foi protocolado em 24/07/2002.

Assim, com as presentes considerações e, novamente pedindo vênias à ilustre relatora, encaminho meu encaminho voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 26 de julho de 2006


REMIS ALMEIDA ESTOL