



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Recurso nº. : 137.218
Matéria : IRF/ILL – Ex(s): 1990 a 1993
Recorrente : BANCO BMC S/A
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR
Sessão de : 09 de julho de 2004
Acórdão nº. : 104-20.092

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – SOCIEDADE ANÔNIMA -
RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - Com a publicação da Resolução do
Senado Federal nº. 82, de 1996, declarando a inconstitucionalidade do art.
35, da Lei nº. 7.713, de 1988, inicia-se a contagem do prazo decadencial de
cinco anos para a apresentação do requerimento de restituição. Na
constância desse prazo, a restituição dos valores pagos deverá alcançar os
recolhimentos realizados em qualquer data pretérita.

ALCANCE DA RESTITUIÇÃO - Declarada a inconstitucionalidade do art. 35,
da Lei nº. 7.713, de 1988, reconhece-se o direito de o contribuinte reaver as
parcelas pagas referentes a este imposto.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso
interposto por BANCO BMC S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, para reconhecer não
decadente o direito à restituição, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o
presente julgado. Vencido o Conselheiro Pedro Paulo Pereira Barbosa.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 OUT 2004



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO e REMIS ALMEIDA ESTOL.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Al.', is written over the end of the text.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

Recurso nº : 137.218
Recorrente : BANCO BMC S/A

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de Imposto sobre o Lucro Líquido (fls. 01/09), relativo ao período de 04/1990 a 03/1993, no valor total de R\$ 13.5566.341,28, tendo em vista a ilegalidade da retenção do referido imposto, baseada na declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e na Resolução do Senado Federal nº 82/96.

A Delegacia Especial das Instituições Financeiras da Secretária da Receita Federal de São Paulo/SP, através do Despacho decisório de fls. 230/237, indeferiu o pedido da contribuinte, uma vez que "o responsável pelo recolhimento do Imposto de Renda na Fonte não detém legitimidade para pleitear sua repetição quando indevido". Outrossim, destacou que: "... o direito do contribuinte de requerer restituição de tributo está sujeito ao prazo decadencial de 5 anos, contados a partir da data de extinção do crédito tributário, que, *in casu*, ocorreu pelo pagamento".

Inconformada com o despacho, a recorrente opôs manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, através do seu mandatário, alegando, em síntese que:

a) no tocante à decadência, destaca que a decisão não tem amparo legal, muito menos jurisprudencial, porquanto o prazo de direito à restituição tem início no momento em que o acórdão reconhece a inconstitucionalidade do imposto, por via direta, ou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

no momento em que o Senado Federal publica a Resolução que suspende a aplicação da lei declarada inconstitucional, na hipótese do controle incidental de inconstitucionalidade. Destaca, também, ementas de acórdãos do Conselho de Contribuintes que corroboram as suas alegações;

b) quanto à ilegitimidade passiva, alega que o despacho decisório caminhou na contramão da melhor doutrina e jurisprudência administrativa e judicial. Cita o art. 121 do CTN, além de decisões do Conselho de Contribuintes e uma decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região;

c) em relação ao enriquecimento ilícito, destaca que o art. 166, do CTN aplica-se exclusivamente aos impostos de consumo, naqueles casos em que a lei expressamente autorize a transferência do encargo financeiro, admitindo a chamada repercussão jurídica. No entanto, o ILL não tem natureza de imposto sobre consumo não podendo, portanto, aplica-se o art. 166, do CTN.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba - PR, através do Acórdão 3.665, de 16 de maio de 2003, indeferiu o pedido da recorrente, tendo em vista que:

a) o prazo para restituição do tributo pago indevidamente ou maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário;

b) a fonte pagadora na qualidade de sujeito passivo responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto, tem competência para formalizar pedido de restituição de ILL, devido exclusivamente na fonte, mas deve comprovar haver assumido o ônus tributário ou estar autorizada pelos que o suportam.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

Ciente da citada decisão em 03.06.2003 (fls. 287), protocoliza a peça recursal em 30.06.2003 (fls. 288).

A recorrente, através de seu Representante devidamente habilitado, interpôs o presente recurso, reiterando as razões alegadas ao longo de sua manifestação de inconformidade.

É o Relatório .



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

VOTO

Conselheiro OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR, Relator

Recurso tempestivo, portanto, merece conhecimento.

O indeferimento da solicitação da contribuinte deveu-se à alegada decadência do direito de pleitear a restituição, porque, nos moldes do art. 168, I, do CTN, extingue-se o direito de pleitear a restituição com o decurso do prazo de 5 anos a contar da data da extinção do crédito tributário, o pagamento, segundo o entendimento da Digna Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Curitiba – PR.

Da análise do art. 168, do CTN, sobreleva observar que a data da extinção do crédito tributário consiste no *dies a quo* do prazo, em se tratando das hipóteses contidas nos incisos I e II, do art. 165, do CTN.

Para saber se a restituição pleiteada fora alcançada pela decadência, importa-nos analisar o inciso III, do art. 165 c/c o inciso II do art. 168, ambos do CTN, porquanto somente estes dispositivos interessam à repetição do indébito em comento.

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. Antes desse momento, os recolhimentos efetuados pela contribuinte eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Isto quer dizer que, antes do reconhecimento da ilegitimidade



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

do imposto, o sujeito passivo agiu dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei.

Sobre o tema, são imprescindíveis as conclusões do Ilustre Conselheiro José Henrique Longo, no Acórdão de nº 108-06.808:

“Nos casos de inconstitucionalidade declarada “erga omnes”, somente com a pecha fixada pelo Supremo Tribunal Federal ou a exclusão do ordenamento jurídico pelo Senado Federal de uma determinada norma que exigia tributo, exsurge no cenário jurídico o pagamento indevido ¹, e conseqüentemente o direito de pleitear a devolução. É dessa maneira que entende também o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 141.331-0 (rel. Min. Francisco Rezek):

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. ²

Antes disso, em função da presunção de validade da norma, o valor recolhido era considerado como cumprimento da relação jurídico tributária devidamente constituída, e não havia motivo para sua repetição nem prazo estabelecido para tanto no CTN, uma vez que não se subsumia a nenhuma das hipóteses dos arts. 165 e 168.

(...)

A Câmara Superior de Recursos Fiscais assim decidiu (Acórdão 01-03.239, sessão de 19/03/01):

¹ “Na declaração de ineficácia do negócio jurídico o termo inicial da decadência, a nosso ver, será o do trânsito em julgado da decisão judicial. Antes daquela data o contribuinte não poderia exercer o seu direito à restituição, pela inexistência do reconhecimento da ineficácia do ato e pela incompetência da Administração para investigar sobre aqueles pressupostos no bojo do processo de restituição(...)”.

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.” (Ricardo Lobo Torres, obra citada, pág. 169)

² Conforme citação no Ac. 108-05.791 rel. José Antonio Minatel (o grifo não é do original)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

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 do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária”

Assim, somente a partir da publicação da Resolução 82, do Senado Federal (DOU de 18 de novembro de 1996) surgiu o direito de a recorrente pleitear a restituição dos valores pagos a título de ILL, porque esta Resolução estampa o reconhecimento pela não-incidência do imposto de renda sobre o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base. O dia 18 de novembro de 1996 é o termo inicial para a apresentação dos requerimentos de restituição de que se trata nos autos.

Com efeito, tendo ocorrido a publicação da referida Resolução em 18 de novembro de 1996 e tendo a contribuinte, requerido a restituição em 18 de junho de 2000 (fl. 01), não há se falar em decadência do direito à restituição dos valores pagos a título de ILL.

No que se refere à legitimidade para postular na presente ação, urge destacar que assiste razão ao recorrente, tendo em vista que o mesmo, na qualidade de responsável tributário, assume o ônus da retenção, por força do parágrafo único do art. 45 e do art. 121 ambos do CTN. Aliás, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no RESP/mf. 68216 (DJ DATA: 23/03/1998 PÁGINA: 61), conforme ementa a seguir transcrita:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 16327.000884/2001-49
Acórdão nº. : 104-20.092

"MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO. LEI 7.713/1988. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA EMPRESA RECORRENTE.

I – O ART. 35 DA LEI 7.713/1988 ATRIBUI A EMPRESA A RETENÇÃO DO TRIBUTO EM ANÁLISE, FATO QUE A TRANSFORMA EM RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO, CONFORME DICÇÃO DO PAR. ÚNICO DO ART. 45, COMBINADO COM O ART. 121, II, AMBOS DO CTN. DESSA FORMA, A RECORRENTE POSSUI LEGITIMIDADE PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA.

II – RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO."

Interessa-nos saber se os documentos constantes dos autos autorizam seja deferida a restituição pleiteada. As Guias de Recolhimento – DARF às fls. 06/09 espelham pagamentos efetuados.

Em sendo a recorrente uma sociedade anônima, irrelevante saber se o estatuto social prevê ou não a disponibilidade imediata do lucro líquido apurado aos acionistas.

Diante do exposto e do que mais constar dos autos, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para deferir o requerimento de restituição dos valores pagos indevidamente a título de ILL.

Sala das Sessões - DF, em 09 de julho de 2004


OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR