



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº : 11020.002591/99-13  
Recurso nº : 142.511  
Matéria : ILL - Ex(s): 1991 e 1992  
Recorrente : SUSIN FRANCESCUTTI LTDA.  
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-PORTO ALEGRE/RS  
Sessão de : 11 de agosto de 2005  
Acórdão nº : 104-20.939

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.

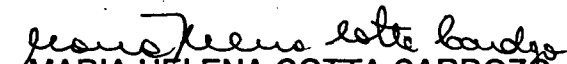
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUSIN FRANCESCUTTI LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta 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 Repartição de Origem, para enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Maria Beatriz Andrade de Carvalho e Maria Helena Cotta Cardozo, que mantinham a decadência. *pe*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO  
PRESIDENTE

  
NELSON MALLMANN  
RELATOR

FORMALIZADO EM: 01 SET 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.

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

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939  
  
Recurso nº. : 142.511  
Recorrente : SUSIN FRANCESCUTTI LTDA.

**RELATÓRIO**

SUSIN FRANCESCUTTI LTDA., contribuinte inscrito no CNPJ sob o n.º 88.628.805/0001-25, com domicílio fiscal na cidade de Caxias do Sul, Estado do Rio Grande do Sul, à Rua Pedro Moré, n.º 202 - Bairro Pio X, jurisdicionada a DRF em Caxias do Sul - RS, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 88/95, prolatada pela Primeira Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre - RS, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 114/162.

O requerente apresentou, em 13/10/99, pedido de restituição/compensação de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, relativo aos anos-base (períodos de apuração) de 1990 e 1991, cujos valores corrigidos somam a importância de R\$ 207.844,08, requerendo, ainda, que sejam aplicados os índices oficiais de correção de acordo com a NE/Conjunta/SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, até 12/95 e juros SELIC a partir de 01/96.

De acordo com a Portaria SRF n.º 4.980/94, a Seção de Orientação e Análise Tributária - Saort da DRF em Caxias do Sul - RS, através de Delegação de Competência formalizada pela Portaria nº 58/01, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base na argumentação de que o prazo de cinco (cinco) anos para o exercício do pedido de restituição, não foi observado pelo contribuinte, haja vista que o seu termo inicial é contado a partir da extinção do crédito tributário, ou seja, do pagamento ou recolhimento indevido, nos termos dos artigos 165, I e 168, I, do Código Tributário Nacional. Entendendo que o direito de pleitear a restituição/compensação está

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

decaído, já que os valores objeto da solicitação foram recolhidos em 30 de abril de 1990 e 30 de abril de 1991. Desta forma, a autoridade administrativa indeferiu o pedido de restituição, bem como não homologou os pedidos de compensações de fls. 04/08.

Irresignado com a decisão da autoridade administrativa singular, o requerente apresenta, tempestivamente, em 22/01/04, a sua manifestação de inconformismo de fls. 44/72, solicitando que seja revisto a decisão para que seja declarado procedente o pedido de restituição/compensação, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que manifestante promoveu a instauração de procedimento administrativo, junto à Delegacia da Receita Federal em Caxias do Sul, RS, consoante lhe faculta a lei, a restituição de quantias indevidamente pagas a título de Imposto de Renda sobre Lucro Líquido, pedido este que objetivou o ressarcimento de importâncias relativas aos anos-calendário de 1989 a 1990, erroneamente recolhidas ao erário nos anos de 1990 e 1991;

- que o referido reembolso deveria se dar pela via compensatória, tendo a empresa manifestante, também em observância do que lhe assegura a legislação, apresentado os pertinentes pedidos de compensação de tais quantias com débitos de Imposto de Renda Pessoa Jurídica apurados em períodos subseqüentes;

- que, no entanto, de causar perplexidade, foi à decisão exarada frente a tais pleitos, a qual ora se impugna, vez que, divorciada da legislação aplicável, deixou de reconhecer o crédito apontado pela então empresa requerente, sob o injurídico fundamento de que este mesmo crédito havia sido atingido pela decadência, afastando, pois, a possibilidade de ressarcimento das correspondentes quantias e, conseqüentemente, de se processarem as pertinentes compensações pleiteadas;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

- que na espécie, não houve qualquer ato da autoridade fiscal homologatória do lançamento, como inclusive destacou a autoridade no despacho aqui impugnado, razão pela qual a decadência do direito de pleitear a restituição só ocorrerá após o decurso do prazo de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador acrescido de mais cinco anos, contados da homologação do lançamento (extinção do crédito tributário);

- que uma vez afastado a linha de que o prazo decadencial dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ILL, só se inicia quando decorridos 05 anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de 05 anos, a contar-se da homologação tácita do lançamento, hipótese que aqui se admite apenas por exercício de fundamentação, imperioso destacar que a doutrina e jurisprudência - tanto administrativa, quanto emanada do Poder Judiciário - já firmaram posicionamento no sentido de que, nos casos de decretação de inconstitucionalidade, o prazo prescricional inicia-se tão somente a partir da data em que foi declarada a inconstitucionalidade do diploma legal em que se fundou a citada exação.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição/compensação e as razões de inconformismo apresentadas pelo requerente, a Primeira Turma de Julgamento da DRJ em Porto Alegre - RS, resolveu julgar improcedente a reclamação apresentada contra a Decisão da SAORT da DRF em Caxias do Sul - RS, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que por primeiro, cumpre ressaltar que não compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento manifestarem-se quanto a inconformidades concernentes a pedidos de compensação, por falta de previsão regimental para tanto. Entretanto, o cerne desta lide encontra-se, diferentemente, no reconhecimento do direito creditório da interessada, decorrente de seu pedido de restituição, o qual foi indeferido e a respeito do qual manifesta a sua inconformidade;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

- que, por conseguinte, conheço da manifestação de inconformidade unicamente no atinente à denegação do pedido de restituição e nos limites da lide conhecida, não assiste razão a irresignada;

- que o último pagamento foi realizado em 30/04/91 (fl. 02). Portanto, o direito de pleitear a restituição do imposto cessou em abril de 1996. O pedido de restituição foi apresentado em 13/10/99, sendo, portanto, intempestivo;

- que mesmo havendo maciça jurisprudência a respaldar a tese da interessada a respeito do termo para se pleitear a restituição - à qual, pessoalmente, concordo -, os julgadores das Delegacias da Receita Federal de Julgamento são vinculados, em suas decisões, ao disposto no entendimento da Secretaria da Receita Federal expresso em atos tributários, bem como as normas regulamentares, a teor, respectivamente, do disposto no art. 7º da Portaria nº 258, de 24 de agosto de 2001 e no disposto no art. 116, III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

- que não há falar em prazo prescricional, o qual encontra-se suspenso durante o processo administrativo fiscal. Ocorrendo a impugnação do crédito tributário na via administrativa, o prazo prescricional começa a ser contado a partir da apreciação, em definitivo, do recurso pela autoridade administrativa. Antes de haver ocorrido esse fato, não existe 'dies a quo' do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN), como tem entendido o Superior Tribunal de Justiça;

- que quanto ao Decreto nº 2.346/97, o exame de seu texto não evidencia qualquer norma que esteja sendo desobedecida no caso concreto, uma vez que a Resolução do Senado 82/96 trata de suspensão da execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida. A sociedade em questão sequer é sociedade anônima, mas cotas de responsabilidade limitada (ver contrato social, fl. 73). Logo, a dita Resolução não é a ela dirigida. Tampouco o é IN SRF 63/97;

- que há que se lembrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal que levou à edição da Resolução do Senado 82/96 e da IN SRF fez, em relação às sociedades limitadas, uma interpretação conforme a constituição, entendendo que a norma do art. 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 do encerramento do período-base;

- que essa análise deve ser feita à vista do contrato social vigente à época dos recolhimentos de ILL, o qual não foi juntado pela interessada, impossibilitando a análise em questão.

A presente decisão está consubstanciada nas seguintes ementas:

"Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Ano-calendário: 1990, 1991

**Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS PAGOS INDEVIDAMENTE A MAIOR. NÃO-APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO DO SENADO 82/96, QUE TRATA DE SOCIEDADE ANÔNIMA, E NÃO SOCIEDADE POR COTAS.**

1. O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido (RIR 99, art. 900).

2. Mesmo que assim fosse, sendo o fundamento para a restituição a inconstitucionalidade da cobrança de ILL das sociedades anônimas, a

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

interessada, por ser sociedade por cotas, não estaria amparada pelo direito de restituir o que não pagou indevidamente, ainda mais que não juntou contrato social da época dos recolhimentos, a fim de possibilitar a verificação se havia, ou não, distribuição automática dos lucros.

VINCULAÇÃO DOS VOTOS À INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MANIFESTADA ATRAVÉS DE ATOS TRIBUTÁRIOS, ADUANEIROS E NORMAS REGULAMENTARES.

O julgador deve observar o disposto no art. 116, II da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, bem assim o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros (art. 7º da Port. 258/01).

Solicitação Indeferida.”

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 13/07/04, conforme Termo constante às fls. 99/102, e, com ela não se conformando, o requerente interpôs, em tempo hábil (05/08/04), o recurso voluntário de fls. 114/162, no qual demonstra irrisignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade.

É o Relatório.





MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Como se vê do relatório, cinge-se a discussão do presente litígio em torno de restituição de imposto sobre o lucro líquido, que o requerente entende ter recolhido indevidamente, bem como, qual seria o marco inicial da contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do imposto indevidamente pago nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, bem como quando a própria administração tributária reconhece a não incidência de determinado tributo.

Da análise do processo, nota-se que o suplicante entende que os pagamentos do Imposto Sobre o Lucro Líquido que foram realizados com o fulcro no disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no seu caso são indevidos, já que o artigo 35, anteriormente citado, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para as sociedades anônimas e para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social não contiver cláusulas específicas de distribuição de lucros no encerramento do exercício social, ou seja, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia, no que diz respeito à expressão "o acionista", foi suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 82/96, em 18/11/96, entende a suplicante que está enquadrado numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional, já que a sua sociedade está estruturada em sociedade por quotas de responsabilidade limitada e não houve a efetiva distribuição do lucro líquido auferido no período aos sócios quotistas, razão pela qual o início do prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/97.

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.

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:

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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;"

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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.

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.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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.

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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:

"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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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 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



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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 nº 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11020.002591/99-13  
Acórdão nº. : 104-20.939

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 (25/07/97) e a do pedido de restituição (13/10/99), 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.

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de DAR provimento ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear restituição e determinar o retorno dos autos à Repartição de Origem, para enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 11 de agosto de 2005

  
NELSON MALLMANN