



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

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Recurso nº : 147.786
Matéria : IRF -ANOS: 1990 a 1993
Recorrente : AÇOFER INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-CAMPO GRANDE/MS
Sessão de : 24 de maio de 2006
Acórdão nº : 102-47.552

ILL – 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 ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição, eis que somente a partir desta data é que surge o direito à repetição do valor pago indevidamente.

Decadência afastada.
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por AÇOFER INDUSTRIAL E COMÉRCIO 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 2ª TURMA da DRJ/CAMPO GRANDE/MS, para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Antônio José Praga de Souza que julga decadente o direito de repetir.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
RELATOR

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

FORMALIZADO EM: 2.º JUN 2006

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



Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

Recurso nº : 147.786
Recorrente : AÇOFER INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por AÇOFER INDUSTRIAL E COMÉRCIO LTDA, devidamente qualificada nos autos contra o acórdão de fls. 95 e seguintes da 2ª Turma da DRJ de Campo Grande, com a seguinte ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF
Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993.
Ementa: IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (ILL). PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.
É de cinco anos o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributos e contribuições, contado a partir do recolhimento indevido ou recolhido a maior.
Solicitação Indeferida.

Notificada da decisão em 07-07-2005, em 29-07-05 a contribuinte ingressou com recurso alicerçado em jurisprudência desta própria câmara (fl. 120) destacando que o marco inicial do prazo prescricional conta-se da Instrução Normativa de nº 63/97, que dispõe especificamente sobre a cobrança ILL nas sociedades limitadas, e foi publicada em 25.10.1997, com efeitos *erga omnes*.

É o Relatório.

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

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

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº R.E. nº 172.058/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que tinha por objeto a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, que determinava que o sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficava sujeito ao Imposto sobre a Renda na Fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base, o STF decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República.

TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" - alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 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. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 e inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA. A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgara a causa aplicando o direito a espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele inseridas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, as soluções que, embora práticas, resultem no desprezo a organicidade do Direito. (j. 30/06/1995. DJ 13-10-1995).

Após o julgamento acima referido, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF, editou a Resolução nº 82, de 18/11/1996, publicada em 19/11/1996, *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

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

face da Resolução do Senado, possuía 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."

Por sua vez, em se tratando de quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997", editou a Instrução Normativa SRF, n.º 63, de 24 de julho de 1997 (D.O.U. de 25/07/1997), *verbis*:

"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 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."

Em se tratando de tributos cuja obrigatoriedade é compulsória, deve se ter presente que mesmo diante das hipóteses de exigência com base em norma que afronta a Constituição, estes são devidos até que se verifique uma das seguintes condições:

a) Decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo;

b) Resolução do Senado Federal editada nos termos do artigo 52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma que, em controle difuso de constitucionalidade, for declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e

c) publicação pela Administração Pública de ato através do qual ela passa a reconhecer a que o tributo é indevido.

O prazo de que trata o artigo 168 do CTN que assegura o período de

Processo nº : 10183.003219/2002-93
Acórdão nº : 102-47.552

tempo de cinco anos para o contribuinte pedir a restituição começa a fluir a partir de um dos eventos referidos no parágrafo anterior. Assim, em se tratando de Sociedade Anônimas, tem-se como marco inicial o dia 20-11-1996 com término em 19-11-2001. Para as sociedades por quotas o prazo inicial começa no dia 26-07-97, que corresponde ao dia seguinte da publicação no Diário Oficial da Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997, da Secretaria da Receita Federal, findando o citado prazo em 25-07-2002.

No caso dos autos estamos diante de sociedade limitada cujo capital social está distribuído entre os sócios quotistas, razão pela qual é tempestivo o pedido de restituição protocolado em **24 de julho de 2002**.

Afastada a decadência, a matéria deve retornar à DRJ de origem para apreciar o mérito levando em consideração os contratos sociais vigentes na época dos possíveis fatos geradores, no caso 31-12-89 e 31-12-90, pois no caso das sociedades constituídas por quotas de capital social, o Imposto Sobre o Lucro Líquido, na esteira da decisão do STF, é inconstitucional se não houver previsão no contrato social de **disponibilidade imediata ou distribuição automática** dos lucros, quando da apuração do resultado anual.

Pelo exposto, voto no sentido de **DAR provimento** ao recurso voluntário para afastar a **decadência** do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos à DRJ competente para que aprecie o mérito da matéria.

Sala das Sessões - DF, em 24 de maio de 2006.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
RELATOR