



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Recurso nº. : 135.150
Matéria : IRFONTE – Ano(s): 1989 a 1992
Recorrente : MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 17 de março de 2004
Acórdão nº. : 104-19.862

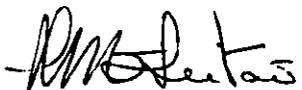
RESTITUIÇÃO DE IMPORTO DE RENDA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - Com a publicação da Resolução do Senado Federal nº. 82, de 1996, declarando a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº. 7.713, de 1988, inicia-se a contagem do prazo decadencial de cinco anos para a apresentação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

ILL - INCONSTITUCIONALIDADE - Declarada a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº. 7.713, de 1988, é direito do contribuinte reaver as parcelas recolhidas e pagas referentes a este imposto, desde que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada não tenha previsto, em seu contrato social, a distribuição automática dos lucros ao final do período-base.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Nelson Mallmann, Roberto Willian Gonçalves (Relator) e Leila Maria Scherrer Leitão que negavam provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Meigan Sack Rodrigues.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862


MEIGAN SACK RODRIGUES
REDATORA-DESIGNADA

FORMALIZADO EM: 2 0 AGO 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado), OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862
Recurso nº. : 135.150
Recorrente : MASOTTI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

RELATÓRIO

Inconformado com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SPI, a qual, através de sua 5ª Turma, considerou improcedente seu pleito de fls. 01, o contribuinte em epígrafe, nos autos identificado, recorre a este Colegiado.

Trata-se de restituição do tributo a que se reporta o art. 35 da Lei nº 7.713/88, relativamente aos anos calendários de 1989 a 1992, tempestivamente quitado pelo sujeito passivo, conforme documentos de fls. 13/17. A proposição se ampara no RE nº 181450/PR, decidido à unanimidade pelo STF e na Resolução do Senado Federal de nº 82, de 18.11.96.

Tanto a autoridade administrativa quanto a decisão, ambas denegaram o pleito sob o argumento da decadência do direito à restituição, dado que o prazo quinquenal é contado das datas da extinção do crédito tributário, de 30.04.90 a 29.03.93, e protocolada a proposição em 29.08.2001.

Na fase recursal o sujeito passivo se ancora quer no Acórdão nº CSRF/01-03.239/2001, quer nos Acórdãos nºs. 106-12093/2001 e 104-17979, deste Primeiro Conselho de contribuintes.

É o Relatório



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

VOTO VENCIDO

Conselheiro ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, Relator

O recurso atende às condições de sua admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

Em preliminar, inequivocamente equivocado o entendimento recorrido. Porquanto, até manifestação judicial, legal ou administrativa que reconheça da inexigibilidade de determinado tributo, este é devido. Entretanto, formalizada "erga omnes" da inexistência da exação, eventual direito à restituição só nasce e somente pode nascer a partir deste fato novo. Mesmo porque inexistindo a exação não há qualquer sustentação lógica à menção de *extinção de crédito tributário*, como fundamento à negativa da legitimidade de uma proposição. Como no presente caso.

Daí a razão porque não só este Primeiro Conselho de Contribuintes, como a Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, ambos têm reconhecido que, em casos que tais, o prazo a que se reporta o art. 168 do CTN necessariamente deve ser contado apenas da data em que ato judicial, legal ou administrativo reconheça, "erga omnes", da inexigibilidade do tributo. Prescrição, aliás do mesmo art. 168, II.

Ressalte-se, por oportuno, que eventual decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário se processa no âmbito da exceção (CF/88, art. 102, III, a). Surte feitos "incidenter tantum", fulminando , apenas, a relação jurídica "sub judice". Apenas quando se manifesta em ADIn (CF/88, art. 103), pela natureza mesma da causa, o "*decisium*" assume abrangência "erga omnes". Fora deste contexto, somente ato legislativo,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

ou da própria administração pública poderá formalizar o reconhecimento público da inexistência de relação jurídico-tributária em determinada questão.

Ora, no caso em tela a Resolução do Senado Federal nº 82, de 18.11.96, que formalizou "erga omnes" os efeitos do "*decisium*" no RE STF 181450/PR, foi publicada no DOU de 19.11.96. Ocorre que a Resolução do Senado Federal estende "erga omnes" os efeitos da decisão do STF, de inconstitucionalidades do art. 35 da Lei nº 7.713/88, apenas no que se relaciona à inconstitucionalidade formal. Especificamente, no que diz respeito a sociedades por ações, "verbis":

"O Senado Federal resolve:

Art. 1º.- É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contido."

Somente com a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24.07.97 (DOU de 25.07.97), a administração tributária acolheu, como efeito "erga omnes" para as demais pessoas jurídicas, também a inconstitucionalidade material do art. 35. Assim, em seu art. 1º, após ratificar, administrativamente, a Resolução do Senado acerca da inconstitucionalidade formal (sociedades por ações), explicitou em seu § único, "verbis":

"§ único.- O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos caso 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."

Por oportuno o mesmo ato normativo autorizou, de ofício, a revisão dos lançamentos sobre a matéria (art. 2º), bem como dos efeitos da subtração da lei declarada inconstitucional (art. 3º).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

A protocolização do pleito ocorreu em 28.08.2001, fls. 01. Portanto, não há sustentação à pretensa decadência do direito de pleitear.

Superada a preliminar decadencial, a questão, no mérito, é da adequação do pleito ao exato alcance do RE nº 181450/PR do STF, reproduzida sua ementa às fls. 20. Ora, no que respeita a sociedade por cota de responsabilidade limitada, o RE/STF nº 181450/PR, fundamento "ex nunc" da inexigibilidade do tributo reportado pelo art. 35 da Lei nº 7.713/88, deixa explícito, "verbis":

"Todavia, no concernente ao sócio-quotista e ao titular da empresa individual, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é, em abstrato, inconstitucional (constitucionalidade formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)."

Mais explicitamente, conforme RE nº 172.058-1/SC, do mesmo STF (DJU 13.10.95):

"IMPOSTO DE RENDA- RETENÇÃO NA FONTE – SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no 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. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no art. 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária."

Ora, a recorrente é sociedade por cotas de responsabilidade limitada, conforme contrato social e alteração posterior, fls. 07/10. De acordo com sua Cláusula 4ª:

"os lucros ou prejuízos verificado em cada exercício social, serão divididos ou suportados pelos componentes sociais em partes iguais."

Por sem dúvidas, no que diz respeito a lucros/prejuízos apuráveis na pessoa jurídica, a teor da Cláusula 4ª do contrato social, antes reproduzida, de sua imediata participação



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

entre os componentes sociais, inequivocamente o pleito não adentra os limites do "decisium" do STF e, em particular, da IN SRF nº 63/97. Porquanto, no caso de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, a restituição do tributo a que se reporta o art. 35 da Lei nº 7.713/88 somente é admissível quando o contrato social não configurar a hipótese de incidência prevista no art. 43 do CTN – imediata aquisição de disponibilidade.

No rastro dessas considerações, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 17 de março de 2004

ROBERTO WILLIAM GONÇALVES



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

VOTO VENCEDOR

Conselheira MEIGAN SACK RODRIGUES, Redatora-designada

Com a devida vênia, não posso acompanhar na íntegra o voto do ilustre Relator, já que o meu entendimento é de que não se encontra disposto no contrato social a imediata aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, dos sócios da empresa recorrente. Tudo conforme segue fundamentações.

Afirma o eminente Relator que, tomando em conta o disposto no contrato social e sua consolidação alteração posterior, na cláusula XIII, fls 17, cujo texto é reproduzido na Cláusula 14ª da Consolidação das Cláusulas Societária, fls. 15, estaria disciplinada a iminente partição entre os componentes sociais, no que diz respeito a lucros/prejuízos apuráveis na pessoa jurídica. Em função desta percepção, o pleito em comento não adentraria nos limites do "decisun" do STF.

Nesta seara, impõe que se esclareça que a declaração da inconstitucionalidade do artigo 35, da lei 7.713/88, pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todas as sociedades por cotas de responsabilidade limitada em que seu contrato social não preveja a distribuição automática dos lucros no final do período-base, ficando na dependência da deliberação dos sócios.

Explicita, a decisão, que é precário o entendimento de que em sendo apurado o lucro líquido da pessoa jurídica, tem-se a definição da parte cabível ao sócio cotista, ao acionista ou ao titular individual, operando-se, assim, a separação do rendimento. Isto porque não se pode concluir que seja possível verificar, na oportunidade, um acréscimo



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

no patrimônio do beneficiário, passando a estar sujeito à incidência do imposto, pois a realização efetiva desse acréscimo depende de outros atos.

A questão se centra na disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros líquidos das pessoas jurídicas. Cabendo definir que disponibilidade é a qualidade do que é disponível, faculdade de dispor, consistindo o direito de dispor no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la a outrem. Desse modo, conclui-se que a aquisição da disponibilidade, quer econômica ou jurídica dos lucros líquidos das pessoas jurídicas não ocorre, quanto ao sócio cotista, na data da apuração, ou seja, do encerramento do período-base.

O encerramento do período-base gera uma simples expectativa, porém longe de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional como fato gerador. Em ato contínuo, os lucros apurados em balanço de pessoa jurídica integram o patrimônio desta e não dos sócios, já que estes considerados isoladamente não dispõem. Neste caminho, cumpre perquirir a previsibilidade, à luz do contrato social, da IMEDIATA disponibilidade econômica ou jurídica.

Assim, para elucidar a questão por completo, imprescindível que se proponha a interpretação do direito como um sistema de linguagem, sendo que o conhecimento de toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática.

No caso em concreto, a semântica jurídica é o campo mais relevante, porquanto tratar das significações do direito. É o meio de referência que as normas guardam com relação aos fatos e comportamentos TIPIFICADOS. Essa relação é a ligação entre a linguagem normativa e a conduta do mundo social que ela regula. O aspecto semântico nos leva ao tormentoso espaço das acepções dos vocábulos jurídicos, às vezes vagos, imprecisos e multisignificativos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10845.002578/2001-10
Acórdão nº. : 104-19.862

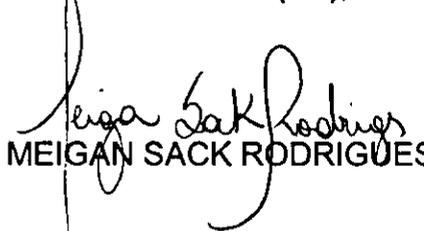
Neste caminho, observa-se que o determinante semântico da imediaticidade da disponibilidade econômica ou jurídica no contrato social, de forma expressa, é imprescindível para a constatação de que houve acréscimo patrimonial subsumido na hipótese do artigo 43 do CTN. O que não ocorre no caso em discussão, já que não há cláusula, no contrato social da empresa recorrente, que discipline semanticamente a imediata disponibilidade econômica ou jurídica dos sócios, quando do encerramento do período.

Não há como saber se os sócios detêm o direito de dispor de rendimentos tributáveis. Isto porque o determinante contratual preceitua que haverá, quando do encerramento do período-base, apuração dos resultados, sejam eles lucros, sejam eles prejuízos e não refere a disposição dos lucros de forma imediata.

Por esta razão e por tudo o mais que dos autos consta, dou provimento ao recurso, para o fim de reformar a decisão recorrida e reconhecer o direito à restituição pleiteada pela recorrente.

É o meu voto.

Sala das Sessões (DF), 17 de março de 2004.


MEIGAN SACK RODRIGUES