



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Recurso nº. : 135.893
Matéria : IRFONTE – Ano(s): 1992 e 1993
Recorrente : UNIPAC EMBALAGENS LTDA
Recorrida : 5ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 19 de março de 2004
Acórdão nº. : 104-19.888

ILULI – RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - O prazo quinquenal à repetição de indébito tributário, relativo ao imposto instituído pelo art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, é contado da data de publicação de ato que reconhece "erga omnes" indevida a exação tributária, independentemente da data em que esta tenha ocorrido.

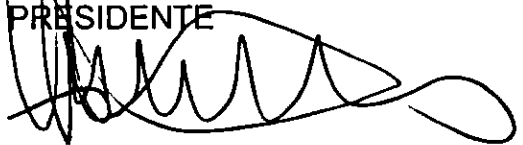
RESTITUIÇÃO - SOCIEDADES LIMITADAS - A IN SRF nº 63, de 1997 reconhecendo, **erga omnes**, também para as sociedades limitadas, da não incidência do tributo a que se reporta o art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, sua restituição, no caso dessas sociedades, somente é admissível quando o contrato social não configurar a hipótese de incidência prevista no art. 43 do CTN – aquisição de disponibilidade, que não é o caso.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por UNIPAC EMBALAGENS 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. Vencido o Conselheiro Remis Almeida Estol, que provia o recurso.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE


ROBERTO WILLIAM GONÇALVES
RELATOR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888

FORMALIZADO EM: 27 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado) e OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR. 



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888
Recurso nº. : 135.893
Recorrente : UNIPAC EMBALAGENS LTDA

RELATÓRIO

Irresignado 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 pedido de restituição do tributo a que se reporta o art. 35 da Lei nº 7.713/88, tanto pela incorporadora, Unipac Embalagens Ltda., como por sua incorporada – Indupel Embalagens, conforme contato de incorporação de 28.01.94, fls. 73/80. Em ratificação à sua proposição, junta os DARFs dos respectivos recolhimentos tributários, fls. 03/06 e deste Primeiro Conselho de Contribuintes, anexada aos autos, fls. 99/102.

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 30.07.91 a 31.05.93, e protocolada a proposição em 18.12.2001.

Na peça recursal, amparado em jurisprudência dos Tribunais, acerca do prazo decadencial quando declarada a inconstitucionalidade de incidência tributária, requer-se a reforma do decisório recorrido.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888

VOTO

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888

"*decisium*" assume abrangência "erga omnes". Fora deste contexto, somente ato legislativo, 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 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."

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. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888

A protocolização do pleito ocorreu em 18.12..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 se-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, tanto a recorrente como sua incorporada são sociedades por cotas de responsabilidade limitada, conforme contrato social e alteração posterior, de incorporação desta, fls. 29 e 74. De acordo com as Cláusulas 6º e 8ª, daqueles instrumentos:

"Cláusula 6ª: Em 31 de dezembro de cada ano, a sociedade apurará um Balanço Geral, e os lucros ou prejuízos dele resultantes, serão divididos ou



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10880.012895/2001-18
Acórdão nº. : 104-19.888

suportados proporcionalmente ao Capital Social de cada um dos sócios." (fls. 30).

"Cláusula 8ª: Ao fim de cada ano civil, levantar-se-á o inventário do ativo e passivo e o respectivo balanço dos bens e movimentos sociais. Os lucros líquidos serão distribuídos aos sócios na proporção de suas quotas."

Apenas no que respeita a prejuízos, a Cláusula 9ª prevê ou sua repartição aos sócios, ou, se concordarem, permanecerem em contas de lucros e perdas, fls. 80.

Por sem dúvidas, no que diz respeito a lucros apuráveis na pessoa jurídica, a teor das cláusulas contratuais, antes reproduzidas, de sua imediata partição entre os componentes sociais, inequivocamente o pleito não adentra os limites dos "decisiuns" 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 19 de março de 2004

ROBERTO WILLIAM GONÇALVES