



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

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Recurso nº : 149.147  
Matéria : ILL – Exs.: 1989 a 1991  
Recorrente : GATTI – GRANDE AGÊNCIA TOUR TURISMO INTERNACIONAL LTDA.  
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-CURITIBA/PR  
Sessão de : 26 de maio de 2006  
Acórdão nº : 102-47.615

ILL - SOCIEDADE LIMITADA - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS - DECADÊNCIA - O marco inicial do prazo decadencial de cinco anos para os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, pago por sociedades limitadas, se dá em 25.07.1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997.

Decadência afastada.  
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por GATTI – GRANDE AGÊNCIA DE TURISMO TOUR TURISMO INTERNACIONAL 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/DRJ-CURITIBA/PR 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

FORMALIZADO EM: 06 JUL 2006

ecmh

06 OUT 2006

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

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 : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615  
  
Recurso nº : 149.147  
Recorrente : GATTI – GRANDE AGÊNCIA TOUR TURISMO INTERNACIONAL LTDA.

## RELATÓRIO

Em 14 de junho de 2002, GATTI – GRANDE AGÊNCIA DE TURISMO TOUR TURISMO INTERNACIONAL LTDA, protocolou pedido de restituição de fls. 01, pleiteando o ressarcimento de crédito no total de R\$ 29.782,11, referente ao imposto sobre o Lucro Líquido – ILL recolhido em 30-04-90; 30-04-91 e 30-04-92 por exigência do art. 35 da Lei nº 7.713/88 que foi declarado inconstitucional.

O pedido foi instruído com os DARFs comprovando os respectivos pagamentos e com os contratos sociais que estavam vigentes à época dos respectivos fatos geradores ocorridos, respectivamente, em 31-12-89; 31-12-90 e 31-12-91.

A DRF de Foz do Iguaçu indeferiu a pretensão da contribuinte sob o fundamento de decadência do direito quando do requerimento formulado em 14-06-2002 (fls. 90/91).

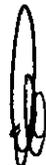
Apreciando a manifestação de inconformidade da contribuinte, a 2ª Turma da DRJ de Curitiba/PR, não acolheu a inconformidade, indeferindo o pedido de restituição por considerar decaído o direito à restituição em face do transcurso de mais de cinco anos entre os recolhimentos e a protocolização do pedido de restituição.

Do acórdão de fls. 124/129, a contribuinte foi notificada em 17-11-2005 e em 09-12-2005 ingressou com o recurso de fls. 131 e seguintes alegando, em síntese, que o prazo decadencial para reaver as quantias indevidamente recolhidas, a título de contribuição sobre o ILL, é de cinco anos, contados a partir da

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

homologação tácita do lançamento.

É o relatório



Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

## VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, uma vez que foi interposto dentro do prazo previsto no artigo 33 do Decreto n.º 70.235/72, com nova redação dada pela Lei n.º 8.748/93 e preenche os demais requisitos de admissibilidade, portanto dele tomo conhecimento.

No Recurso Extraordinário nº. R.E. nº. 172.058/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que sustentava 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 matéria nos seguintes termos:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES.** Alicercado 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/contribuente, 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**

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

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 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 é 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 (verbetes 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 insertas 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 do Senado Federal n.º 82, de 18/11/1996,

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

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 n.º 7.713/1988, excluído do ordenamento jurídico, em face da Resolução, mantinha 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 relação às sociedades de quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, *"em vista do que ficou decidido pela Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, e 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

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma 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.

Assim, nos casos de Sociedade Anônimas, tem-se como marco inicial o dia 20-11-1996 com término em 19-11-2001. Para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada 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.

A propósito da matéria, a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Primeiro Conselho de Contribuintes já assentou entendimento na seguinte linha:

**“DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para a 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 de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- Recurso conhecido e improvido.” (Ac. CSRF/01-03.239).

Pelos fundamentos acima mencionados, o direito da contribuinte, frente à Administração, de pleitear a restituição do ILL nasce com a IN SRF nº 63, de 24/07/97, publicada em 25/07/1997, expirando-se em 25-07-2003;

Pelo exposto afasto a decadência.

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

Quanto ao mérito, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, o STF, conforme ementa já transcrita, o fez destacando que em relação às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, faz-se necessário verificar, caso a caso, se o contrato social prevê a disponibilidade imediata, pelo sócio-quotista, do lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base, pois somente em tal hipótese haverá incidência do imposto de renda. Em não havendo disposição no contrato social quanto à imediata distribuição dos lucros, não haverá a incidência do imposto de renda.

No caso dos autos, a cláusula décima primeira e décima terceira do contrato social que estava em vigor em 31-12-89, possuem a seguinte redação:

**“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA:** O ano social coincidirá com o ano civil, devendo, a 31 de dezembro de cada ano, ser procedido o **BALANÇO PATRIMONIAL** da sociedade, obedecidas as prescrições legais e técnicas pertinentes à matéria. Os resultados serão atribuídos aos sócios proporcionalmente às suas quotas de capital, podendo os lucros a critério dos sócios, serem distribuídos ou ficarem em reserva na sociedade.”

....  
**CLAUSULA DÉCIMA TERCEIRA:** As deliberações sociais, ainda que impliquem em alteração contratual, poderão ser tomadas por sócios que representem a maioria simples do capital da sociedade, consoante a faculdade deferida em lei.

**PARÁGRAFO ÚNICO.** Para efeito de votação nas deliberações sociais a serem tomadas pelos sócios quotistas, será sempre pela maioria de votos e cada quota de capital social dará direito a um voto.

Considerando que nenhum dos sócios nominados na cláusula quarta do contrato vigente em 31-12-89 possui maioria simples do capital social, a decisão sobre a distribuição dos lucros estará sempre condicionada à vontade de mais algum sócio até que ocorra maioria simples do capital social. Assim, não havendo disposição no contrato social quanto à imediata distribuição dos lucros e sendo esta dependente da maioria dos sócios que representam o contrato social, em relação ao ILL recolhido em 30-04-1990, cujo fato gerador se deu em 31-12-89, cabível a restituição.

Processo nº : 10945.003729/2002-00  
Acórdão nº : 102-47.615

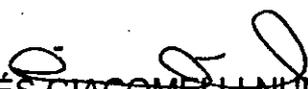
Além dos fundamentos acima expostos, verifico que em 13 de março de 1990 houve alteração contratual através do qual os sócios resolveram aumentar o capital social, sendo que parte deste aumento do capital social se deu com o aproveitamento dos Lucros Acumulados, circunstância esta que solidifica o entendimento de que nenhum dos sócios, por si só, tinha competência para deliberar sobre a imediata distribuição dos lucros em seu favor.

Apesar dos fundamentos acima expostos, em se tratando de restituição, o contribuinte deve instruir seu pedido com cópia autenticada dos DARFs e do contrato social ou exibir os respectivos originais para que a DRF certifique que os documentos que estão instruindo o processo são cópias idênticas aos originais. No caso dos autos, como os DARFs de fl. 04 não se encontram em cópias autênticas, o processo deve retornar a DRJ para, após as providências que cabíveis quanto à apresentação dos DARFs, observando os fundamentos jurídicos aqui articulados, apreciar o mérito da pretensão da contribuinte.

Pelo exposto, DOU provimento ao recurso para AFASTAR a decadência, determinando o retorno dos autos à 2ª. Turma da DRJ de Curitiba/PR para, após diligências cabíveis, apreciar o mérito.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 26 de maio de 2006.

  
MOISÉS GIACOMETTI NUNES DA SILVA