



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

Processo nº : 11610.005733/2001-68  
Recurso nº : 134.278  
Matéria : IRF - ANO: 1989  
Recorrente : FENAN ENGENHARIA LTDA.  
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO I - SP  
Sessão de : 29 DE JANEIRO DE 2004  
Acórdão nº : 102-46.251

**ILL - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA**

- 1) Ao analisar a constitucionalidade do chamado ILL (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 153, III, da CF/88 (artigo 43 do C.T.N., em âmbito infra-constitucional).
- 2) Diante deste julgamento, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18/11/96, que determinou: *"É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão 'o acionista' nele contido."*
- 3) A transcrita Resolução, em consonância com o entendimento do STF, apenas contemplou a figura dos "acionistas", ou seja, versou especificamente sobre as Sociedades Anônimas.
- 4) Por não terem sido expressamente contempladas na decisão do STF, nem na Resolução do Senado, as sociedades por quotas, a desconstituição da exigência do ILL somente veio a se concretizar com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97 (de 25/07/1997), o que permite a conclusão de que o prazo decadencial somente teria início desta data.
- 5) Diante disto, para as Sociedades Anônimas, o tributo já foi determinado inconstitucional, ao passo que concernente às Limitadas o ILL somente é inconstitucional se não houver a previsão em seu Contrato Social de distribuição imediata dos lucros, quando da apuração do resultado anual.
- 6) No presente caso, a Recorrente constituía-se na qualidade de Sociedade Anônima quando do recolhimento do ILL, isto é, no ano de 1990, atinente ao exercício de 1989. Isto por que sua constituição na forma "Limitada" somente foi levada a efeito em 1992, como se depura de seu contrato social. Ou seja, quando do recolhimento do ILL, a Recorrente reunia elementos que permitem enquadrar-se integralmente à hipótese prevista pelo STF, e pelo Senado Federal.

Recurso provido.



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

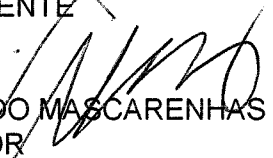
Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por  
**FENAN ENGENHARIA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

  
ANTONIO DE FREITAS DUTRA  
PRESIDENTE

  
GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ  
RELATOR

FORMALIZADO EM: **19 MAR 2004**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, EZIO GIOBATTI BERNARDINIS e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOSÉ OLESKOVICZ.



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68  
Acórdão nº. : 102-46.251  
Recurso nº. : 134.278  
Recorrente : FENAM ENGENHARIA LTDA.

**RELATÓRIO**

FENAN ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 61.329.264/0001-88, apresentou em **19/11/2001**, pedido de restituição de tributos pagos indevidamente, no valor de R\$ 435.367,78 (quatrocentos e trinta e cinco mil e trezentos e sessenta e sete reais e setenta e oito centavos), tendo em vista o recolhimento de Imposto sobre o Lucro Líquido no exercício de 1990, previsto pela Lei nº 7.713-88, conforme termo de fls. 01.

Anexo ao pedido de restituição, e como forma de instruí-lo, foram anexados os documentos de fls. 02/70, quais sejam:

- i. procuração e atos constitutivos (a empresa era sociedade anônima até 28/12/1992 e limitada a partir da referida data);
- ii. guia DARF de pagamento do tributo denominado Imposto sobre Lucro Líquido – ILL;
- iii. planilha dos valores a serem restituídos até a data do pedido de restituição;
- iv. Resolução nº 82 editada pelo Senado Federal;
- v. Instrução Normativa nº 63/97;
- vi. decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058;



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

vii. Parecer emitido pela Advocacia Geral da União 01/96;

viii. Norma de execução conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, e;

ix. acórdãos/ementas de julgados reconhecendo o direito ao cômputo do IPC no cálculo do valor a restituir.

Em atendimento ao despacho de fls. 71, proferido em 01/07/02 pela Chefe da EQITD/DIORT/DERAT/SPO, o Chefe da EQIJU/DICAT/DERAT/SP faz juntar comprovante de impetração de Mandado de Segurança pela Recorrente, em desfavor do Delegado da Receita Federal em São Paulo, em que deferido pedido de Medida Liminar para que a Autoridade Administrativa procedesse ao imediato julgamento do feito.

Torna imperioso consignar, ainda, que a Recorrente fez juntar aos autos, acompanhando o Mandado de Segurança, petição formulada à Delegacia da Receita Federal informando acerca do entendimento pacífico, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, da possibilidade de se efetuar a repetição dos valores pagos indevidamente, na forma em que pleiteada.

Apreciando o pleito da Recorrente, a Autoridade Administrativa formulou despacho de fls. 115/116 não conhecendo do pedido de restituição consignado, posto entender presente a decadência.

Cientificado dessa decisão, em 12/07/2002 (fls. 117), a Recorrente aviou em 17/07/2002 o recurso cabível (fls. 119/128), argüindo o seu direito em ver-se restituída dos valores recolhidos indevidamente a título do ILL, ante a declaração de inconstitucionalidade prolatada pelo STF, além da incorrência do prazo decadencial, na espécie, visto o entendimento pacificado na Jurisprudência desse Conselho de Contribuintes, em diversas turmas julgadoras.



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

Tendo sido formulado os despachos de fls. 129/130, determinando o encaminhamento do feito ao setor competente para julgamento e atestando a tempestividade do recurso interposto, o presente feito foi enviado para a quinta turma/DRJ/SPO-I.

Às fls. 131/137 a Recorrente apresentou nova petição "*visando elucidar melhor a questão debatida*", elucidando a inoccorrência de prescrição e decadência no caso em debate.

Analisando o feito, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento de São Paulo/SP, por sua Primeira Turma, formulou o acórdão de fls. 138/146, indeferindo a solicitação pleiteada, cuja ementa encontra-se assim redigida:

*"ILL - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário."*

Intimado em 03/12/2002 (termo de ciência de fls. 146), a Recorrente apresentou o Recurso Voluntário de fls. 148/159, renovando sua irresignação e propugnando pelo seu provimento, tendo em vista seu direito em ver-se restituída do pagamento de tributo indevido, na forma em que decidida pela Egrégia Corte Constitucional.

Às fls. 160/161 foram formalizados despacho determinando o encaminhamento do presente feito a esse Egrégio Conselho de Contribuintes para análise e julgamento.

É o Relatório.



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

**V O T O**

Conselheiro GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ, Relator

O recurso preenche as formalidades legais, razão por que dele conheço.

Como relatado alhures, trata-se de questão por demais conhecida deste Conselho, qual seja, pedido de restituição do ILL, cujo recolhimento teria sido efetivado pela Recorrente indevidamente haja vista sua inconstitucionalidade pelo STF.

Pois bem, ao analisar a constitucionalidade de tal figura tributária (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 43 do C.T.N. e albergada pelo inciso III do artigo 153 da *Charta* de 1988.

Apesar de por demais conhecida, dá-se à estampa a ementa da aludida decisão, que bem delimita o teor de toda a decisão:

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



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

*IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - AÇIONISTA*  
*- 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. (...)."*

Diante deste julgamento, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18/11/96, igualmente conhecida, e que assim determinou:

*"O Senado Federal resolve:*

*Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão 'o acionista' nele contido.*

*(...)."*

A transcrita Resolução, em consonância com o específico entendimento alinhavado pelo STF na decisão em comento, apenas contemplou a figura dos "acionistas", ou seja, versou especificamente sobre as Sociedades Anônimas.

No tocante às então chamadas Sociedades por Cota de Responsabilidade Limitada, restou a Jurisprudência assentada no sentido de que, inexistindo em seu contrato social dispositivo que possibilite a imediata transferência do Lucro auferido pela sociedade aos sócio-cotistas, não resta satisfeita a hipótese traçada pelo artigo 43 do CTN, pertinente à conceituação de disponibilidade jurídica e ou econômica, restando, portanto, não concretizado o fato gerador do tributo.



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

Por não terem sido contempladas na decisão do STF, nem na Resolução do Senado as sociedades por quotas, a desconstituição da exigência do ILL somente veio a se concretizar com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97 (de 25/07/1997), o que permite a conclusão de que o prazo decadencial somente teria início a partir da ocorrência do presente fenômeno. Confira-se o texto da referida Instrução Normativa SRF:

*“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 7 de abril de 1997, resolve:*

*Art. 1º Fica vedada a 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 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.*

*Art. 2º Ficam os Delegados e Inspectores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que trata o artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito da Fazenda Nacional.*

*Art. 3º Caso os créditos de natureza tributária, oriundos de lançamentos efetuados em desacordo com o disposto no art. 1º, estejam pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.*

*Art. 4º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica às empresas individuais.*



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

*Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.*

*Art. 6º Revoga-se as disposições em contrário.”*

Diante disto, para as Sociedades Anônimas, o tributo já foi determinado inconstitucional, ao passo que concernente às Limitadas o ILL somente é inconstitucional se não havia a previsão em seu Contrato Social de distribuição imediata dos lucros, quando da apuração do resultado anual.

Uma vez delimitado a Jurisprudência e legislação, é de se examinar sua aplicabilidade sobre o caso concreto, ora posto sob exame deste Conselho.

Pois bem, a Recorrente constituía-se na qualidade de Sociedade Anônima quando do recolhimento do ILL, isto é, no ano de 1990, atinente ao exercício de 1989. Isto por que sua constituição na forma “Limitada” somente foi levada a efeito em 1992, como se depura de seu contrato social acostado às fls. 11 a 20.

Ou seja, quando do recolhimento do ILL, a Recorrente reunia elementos que permitem enquadrar-se integralmente à hipótese prevista pelo STF, pelo Senado Federal e pela alhures transcrita Instrução Normativa.

Para tanto, faz-se fundamental definir-se o termo *a quo* para contagem do prazo decadencial, sendo que este Conselho tem albergado o entendimento segundo o qual “*O termo inicial, no caso de declaração de inconstitucionalidade incidental, é a data da publicação da Resolução do Senado.*” (1º Conselho, 2ª Câmara, Conselheira Maria Beatriz Andrade de Carvalho, Processo nº 10855.001470/97-81, Acórdão 102-45886, decisão unânime, Sessão de 06/12/2002).



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

Processo nº. : 11610.005733/2001-68

Acórdão nº. : 102-46.251

Considerando-se, pois, que a Resolução nº 82, republicada em **22/11/96** por incorreção do original veiculado em 19/11/96 (fl. 30), e que o pedido protocolizado da Recorrente data de **19/11/2001**, no caso em testilha a decadência não se operou, fazendo-se necessária a restituição da quantia indevidamente recolhida.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 29 de janeiro de 2004.

  
GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ