



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Recurso nº. : 140.356
Matéria : IRF - Ano(s): 1991 a 1993
Recorrente : SUNNYVALE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Recorrida : 1ª TURMA/ DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 17 de março de 2005
Acórdão nº. : 104-20.554

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - PAGAMENTO INDEVIDO - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL - Nos casos de reconhecimento da não incidência de tributo, a contagem do prazo decadencial do direito à restituição ou compensação tem início na data da publicação do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; da data de publicação da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo; ou da data de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo. Permitida, nesta hipótese, a restituição ou compensação de valores recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito. Tratando-se do ILL de sociedade por quotas, não alcançada pela Resolução nº. 82, de 1996, do Senado Federal, o reconhecimento deu-se com a edição da Instrução Normativa SRF nº 63, publicada no DOU de 25/07/97. Assim, não tendo transcorrido entre a data do ato da administração tributária e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, é de se considerar que não ocorreu a decadência do direito de o contribuinte pleitear restituição ou compensação de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ART. 35 DA LEI Nº. 7.713, DE 1988 - SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF - O art. 43 do CTN estabelece que o fato gerador do imposto é a disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Assim, havendo a previsibilidade no contrato social da empresa recorrente da imediata disponibilidade econômica ou jurídica, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento dos períodos-base, configura a existência do fato gerador do imposto sobre o lucro líquido previsto no art. 35, da Lei nº. 7.713, de 1988.

Decadência afastada.

Recurso negado. *per*



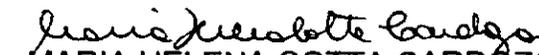


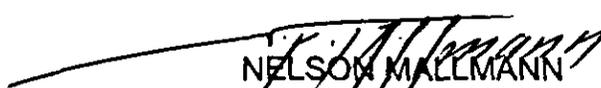
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
SUNNYVALE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, AFASTAR a decadência, vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa, Maria Beatriz Andrade de Carvalho e Maria Helena Cotta Cardozo. No mérito, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOSO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 22 ABR 2005

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Recurso nº. : 140.356
Recorrente : SUNNYVALE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

RELATÓRIO

SUNNYVALE COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA, contribuinte inscrita no CNPJ sob o n.º 49.467.293/0001-00, estabelecida no Município de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Quatá, n.º 521 – Vila Olímpia, jurisdicionada a DERAT em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 61/66, prolatada pela Primeira Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo – SP I, recorre a este Primeiro Conselho de Contribuintes pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 68/75.

A requerente apresentou, em 24/07/02, pedido de restituição/compensação de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, relativo aos anos-base (períodos de apuração) de mai/91 a dez/93 1989 a 1992, cujos valores originais somam a importância de R\$ 48.267,76, requerendo, ainda, que sejam aplicados os índices oficiais de correção de acordo com a NE/Conjunta/SRF/COSIT/COSAR nº 08/97, mais juros calculados a base de 1% a.m até 12/95 e juros SELIC a partir de 01/96.

De acordo com a Portaria SRF n.º 4.980/94, a Divisão de Tributação e Análise Tributária da DERAT em São Paulo - SP, através de Delegação de Competência formalizada pela Portaria DERAT/SPO/54/2001, apreciou e concluiu que o presente pedido de compensação é improcedente, com base na argumentação de que o prazo de cinco (cinco) anos para o exercício do pedido de restituição, não foi observado pela contribuinte, haja vista que o seu termo inicial é contado a partir da extinção do crédito tributário, ou seja, do pagamento ou recolhimento indevido, nos termos dos artigos 165, I e 168, I, do Código



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Tributário Nacional. Entendendo que o direito de pleitear a restituição/compensação está decaído, já que os valores objeto da solicitação foram recolhidos durante os anos de 1991 a 1993 e o processo foi protocolado em 24/07/02.

Irresignada com a decisão da autoridade administrativa singular, a requerente apresenta, tempestivamente, em 09/12/02, a sua manifestação de inconformismo de fls. 50/56, solicitando que seja revisto a decisão para que seja declarado procedente o pedido de restituição/compensação, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que o pedido amparou-sena Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/97, editada em função da resolução do senado Federal nº 82, de 18/11/1996, que suspendeu a aplicação do artigo 35 da Lei nº 7.713/88 em decorrência de o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ter julgado tal dispositivo inconstitucional;

- que, no caso em tela, o prazo decadencial de cinco anos estipulado no artigo 168 do CTN, não pode ser contado a partir das datas dos recolhimentos indevidos dos valores a título de ILL;

- que, com efeito, tratando-se de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, como foi o caso do ILL, o termo inicial da contagem do prazo decadencial quinquenal não é data de recolhimento do tributo, mas sim a data em que um ato legal ou uma decisão judicial, conforme hipótese, reconheça a atribua ao contribuinte o seu direito subjetivo de obter a restituição dos valores considerados como recolhidos indevidamente, tomando-o credor do Fisco pelo indébito;

- que se a decadência tem como objetivo atingir o credor inerte e não diligente, é absolutamente lógico que o prazo decadencial a que alude o artigo 168 do CTN, somente se inicie quando o contribuinte seja reconhecido como credor e possa,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

conseqüentemente, cobrar seu crédito. Vale dizer: somente a partir do momento em que o contribuinte tenha reconhecido como indevido o seu recolhimento pela Administração Tributária é que o prazo começa a fluir, pois é apenas a partir dessa data que lê pode, juridicamente, pleitear sua restituição;

- que, assim, se a declaração de inconstitucionalidade do tributo dá-se em sede de controle concentrado/abstrato, por meio de julgamento pelo STF de Ação Direta de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade (ADC ou ADIN), como tal decisão possui efeitos "erga omnes", todos os contribuintes passam a ter o direito à restituição do tributo considerado inconstitucional reconhecido pela Administração Tributária a partir da data da publicação do Acórdão do Pretório Excelso. Ora, se é somente a partir dessa data que o contribuinte passará a ter reconhecido pelo Fisco o direito à restituição do indébito, é obvio que o prazo decadencial de 5 anos passará a correr apenas desse dia;

- que já se a declaração de inconstitucionalidade da exação tributária se der em julgamento de recurso extraordinário (controle difuso de constitucionalidade), de forma incidental, como o efeito dessa decisão só atinge as partes do processo, não tirando a validade da norma para os demais contribuintes, surgem duas situações: (I) o contribuinte parte do processo passa a ser credor do Fisco a partir da data da publicação do Acórdão do STF, iniciando a partir daí o prazo decadencial; (II) os demais contribuintes que não foram parte do processo ainda não serão credores do Fisco por ocasião dessa decisão, eis que a norma declarada inconstitucional pelo STF em recurso extraordinário continua válida para eles, até a edição de uma norma ou ato administrativo que obriga a Administração tributária a acatar citada decisão do Plenário do STF;

- que no caso do ILL, o Fisco Federal passou a admitir o direito à restituição do indébito somente quando editou a Instrução Normativa SRF nº 63/97, em 24/07/97,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

estabelecendo, a partir desta data, os demais contribuintes como credores também do tributo acima referido;

- que, portanto, o prazo decadencial de 5(cinco) anos deve ser contado a partir da edição da IN/SRF nº 63/97, de 24/07/97, de modo que resta evidente que o presente pedido de restituição, protocolizado em 24/07/02, não encontra óbice no instituto da decadência, eis que não transcorreram 5 anos;

- que se frise que a Resolução do senado Federal nº 82/96 que suspendeu a aplicação do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, foi editada em 18/11/1996, antes, portanto, da vigência do Decreto nº 2.346/97, de modo que só depois de referido decreto, passou a ter efeito de vincular a Administração Pública, dotando o contribuinte não parte no processo, do direito à restituição do indébito.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição/compensação e as razões de inconformismo apresentadas pela requerente, a Primeira Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo – SP, resolveu julgar improcedente a reclamação apresentada contra a Decisão da DERAT em São Paulo - SP, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que assim como a autoridade que apreciou o feito encontra-se vinculada aos atos infralegais expedidos pelo Secretário da Receita Federal, o mesmo ocorre com este órgão julgador, por força do artigo 7º da Portaria MF nº 258, de 24/08/01, restando impossibilitado o julgamento contra o Ato Declaratório nº 96, de 26/12/99;

- que, não obstante, o acerto da decisão atacada independe da existência do ato normativo em comento, visto que o dies a quo para a contagem do prazo para o contribuinte pleitear a repetição do indébito não é alterado pela declaração de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja no controle principal ou incidental de constitucionalidade;

- que, com efeito, o entendimento defendido pela suplicante baseia-se na premissa básica de os prazos de decadência e prescrição existirem para punir a inércia dos interessados, inércia essa que não estaria caracterizada enquanto não houvesse a possibilidade de o pleito ser atendido, ou seja, enquanto a administração não admitisse que os pagamentos realizados sob a égide da lei inconstitucional são indevidos e passíveis de restituição. Entretanto, a "punição" aos eventuais inertes é apenas uma consequência da decadência ou da prescrição, que estão ligadas ao sobre-princípio da segurança jurídica, da estabilização das relações jurídicas com o tempo;

- que, dessarte, não há que se falar em novo termo inicial para a contagem do prazo de pleitear a restituição de tributo declarado inconstitucional, pois caso contrário estaria sendo violado a própria razão de ser do instituto de decadência.

A ementa que consubstancia os fundamentos da decisão da Primeira Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP é a seguinte:

"Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1991, 1992, 1993

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

Solicitação Indeferida."





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 19/02/04, conforme Termo constante às fls. 67 e 67-verso, e, com ela não se conformando, a requerente interpôs, em tempo hábil (16/03/04), o recurso voluntário de fls. 68/75, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade.

É o Relatório.





MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

VOTO

Conselheiro NELSON MALLMANN, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

Como se vê do relatório, cinge-se a discussão do presente litígio em torno de restituição de imposto sobre o lucro líquido, que a requerente entende ter recolhido indevidamente, bem como, qual seria o marco inicial da contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do imposto indevidamente pago nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal.

Da análise do processo, nota-se que a suplicante entende que os pagamentos do Imposto Sobre o Lucro Líquido que foram realizados com o fulcro no disposto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no seu caso são indevidos, já que o artigo 35, anteriormente citado, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal para as sociedades anônimas e para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, cujo contrato social não contiver cláusulas específicas de distribuição de lucros no encerramento do exercício social, ou seja, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Diante da declaração de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia, no que diz respeito à expressão “o acionista”, foi suspensa pela Resolução do Senado Federal nº 82/96, em 18/11/96, entende a suplicante que está enquadrado numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional, já que a sua sociedade está estruturada em sociedade por quotas de responsabilidade limitada e não houve a efetiva distribuição do lucro líquido auferido no período aos sócios quotistas, razão pela qual o início do prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63/97, de 24/07/97.

Desta forma, neste processo cabe, inicialmente, a análise do termo inicial para a contagem do prazo decadencial para requerer a restituição de tributos e contribuições declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Em regra geral o prazo decadencial do direito à restituição de tributos e contribuições encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, ou seja, data do pagamento ou recolhimento indevido.

Observando-se de forma ampla e geral é líquido é certo que já havia ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Entretanto, no caso dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria. Assim, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, que o termo inicial não poderá ser o momento da extinção do crédito tributário pelo pagamento, já que a fixação do termo inicial para a apresentação do pedido



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento os pagamentos efetuados pela requerente eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, tanto a fonte pagadora quanto a beneficiária agiram dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei.

Isto é, até a decisão judicial ou administrativa em contrário, ao contribuinte cabe dobrar-se à exigência legal tributária. Reconhecida, porém, sua inexigibilidade, quer por decisão judicial transitada em julgado, quer por ato da administração pública, em sombra de dúvidas, somente a partir deste ato estará caracterizado o indébito tributário, gerando o direito a que se reporta o artigo 165 do C.T.N.

Porquanto, se por decisão do Estado, pólo ativo das relações tributárias, o contribuinte se via obrigado ao pagamento de tributo até então, ou sofrer-lhe as sanções, a reforma dessa decisão condenatória por ato da própria administração, tem o efeito de tornar o termo inicial do pleito à restituição do indébito a data de publicação do mesmo ato.

Não há dúvidas, que na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Sendo exceção à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei em que se fundamentou o gravame ou de ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, momento em que o início da contagem do prazo decadencial desloca-se para a data da Resolução do Senado que suspende a execução da norma legal declarada inconstitucional, ou da data do ato da administração tributária que reconheça a não incidência do tributo, sendo que, nestes casos, é permitida a restituição dos valores pagos ou recolhidos indevidamente em qualquer exercício pretérito.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade – com efeito, erga omnes – da lei que estabelece a exigência do tributo, ou de ato da administração tributária que reconheça a sua não incidência, este, a princípio, será o termo inicial para o início da contagem do prazo decadencial do direito à restituição de tributo ou contribuição, porque até este momento não havia razão para o descumprimento da norma, conforme jurisprudência desta Câmara.

Ora, se para as situações conflituosas o próprio CTN no seu artigo 168 entende que deve ser contado do momento em que o conflito é sanado, seja por meio de acórdão proferido em ADIN; seja por meio de edição de Resolução do Senado Federal dando efeito erga omnes a decisão proferida em controle difuso; ou por ato administrativo que reconheça o caráter indevido da cobrança.

Este é o entendimento já pacificado no âmbito do Primeiro Conselho de Contribuintes e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se constata no Acórdão CSRF/01-03.239, de 19 de março de 2001, cuja ementa se transcreve abaixo:

“DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL – Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para 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 á decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.” .

Admitir entendimento contrário é certamente vedar a devolução do valor pretendido e, conseqüentemente, enriquecer ilicitamente o Estado, uma vez que á



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Administração Tributária não é dado manifestar-se quanto à legalidade e constitucionalidade de lei, razão porque os pedidos seriam sempre indeferidos, determinando-se ao contribuinte socorrer-se perante o Poder Judiciário. O enriquecimento do Estado é ilícito porque é feito às custas de lei inconstitucional.

A regra básica é a administração tributária devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-la a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução.

No caso específico questionado nos autos, qual seja, ILL de sociedade por quotas, não alcançada pela Resolução nº 82/96, do Senado Federal, a contagem do termo inicial da decadência do direito de pleitear restituição ou compensação deve ser a data da publicação da IN SRF nº 63, de 24/07/97. Assim, é de se dar razão ao pleito da recorrente, no aspecto da decadência do direito de pleitear restituição de indébito tributário, pelas razões abaixo.

É sabido, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

“ EMENTA

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembléia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)".

Diz ainda o julgado:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão à "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio-quotista" salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição."

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende, principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Por outro lado, diz a Resolução SF nº 82, de 18 de novembro de 1996:

"O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa à execução do art. 35 da Lei nº 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."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Diz, ainda, a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997:

“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 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.”

Desta forma, no caso em análise, não tenho dúvidas em afirmar que somente a partir da publicação da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 63, de 24 de julho de 1997 (DOU de 25 de julho de 1997) surgiria o direito da requerente em pleitear a restituição do imposto sobre o lucro líquido, porque esta Instrução Normativa estampa o reconhecimento da Autoridade Tributária pela não-incidência 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.

É cristalino, que a Resolução do Senado Federal nº 82/96, abrangeu, somente, as sociedades anônimas (expressão acionistas), não afetando as demais sociedades, fato este, somente, reconhecido pela IN SRF 63/97.

Assim sendo, entendo que não ocorreria à decadência do direito de pleitear a restituição, se fosse o caso, em discussão, já que a publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária ocorreu em 25 de julho de 1997 e o pretense pedido foi protocolado em 24 de julho de 2002.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Quanto à matéria de mérito em si, é sabido, como já foi dito anteriormente, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar no julgamento do RE nº 172.058/SC, tendo como Relator o Ministro Marco Aurélio, declarou que em certas situações o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/88 é inconstitucional, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

“ EMENTA

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembléia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)”.

Diz ainda o julgado:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário para, decidindo a questão prejudicial da validade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, declarar a inconstitucionalidade da alusão à “o acionista”, a constitucionalidade das expressões “o titular de empresa individual” e “o sócio quotista” salvo, no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição”.

Assim, é líquido e certo, que o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, declarou a inconstitucionalidade da exigibilidade contida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, para as sociedades anônimas, já que a distribuição de lucros depende,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

principalmente, da manifestação da assembléia geral, bem como para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando não há, no contrato social, cláusula para a destinação e distribuição do lucro apurado.

Como se vê, a improcedência da exigência do Imposto sobre o Lucro Líquido só se aplica a determinados casos. Sendo que para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada o imposto sobre o lucro líquido somente não era devido, quando o contrato social, de forma clara, não previa a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data de encerramento do período-base.

É de se ressaltar, que a par das inúmeras decisões proferidas pelos Tribunais levou a Receita Federal a editar a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/97, que dispôs o seguinte:

"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 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."

Ora, no caso em tela, é cristalino que o instrumento contratual vigente á época dos fatos, juntado aos autos às fls. 09/11, previa a distribuição imediata dos lucros, anualmente, quando da elaboração das demonstrações contábeis, em 31 de dezembro, conforme transcrição da cláusula abaixo:

"CLÁUSULA SÉTIMA



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

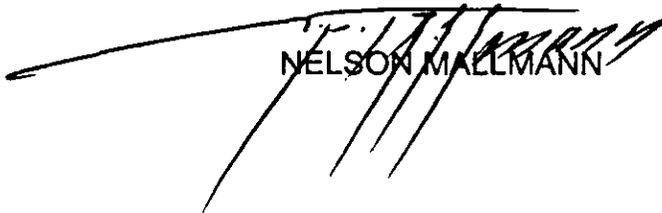
Processo nº. : 11610.016071/2002-32
Acórdão nº. : 104-20.554

Os lucros ou prejuízos nos balanços anuais encerrados em 31 de Dezembro de cada ano serão divididos ou suportados pelos sócios, na proporção do Capital Social.”

É de observar, ainda, que a Alteração Contratual juntado as fls. 12/16 se refere a 10 de agosto de 2000, posterior aos fatos questionados na petição.

Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de AFASTAR a decadência do direito de pleitear restituição da recorrente e, no mérito, NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 17 de março de 2005


NELSON MALLMANN