



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Recurso nº. : 154.769
Matéria : ILL - Ano(s): 1990 a 1992
Recorrente : MAKRO ATACADISTA S.A.
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 05 de dezembro de 2007
Acórdão nº. : 104-22.864

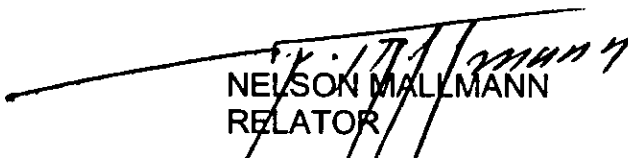
IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE POR AÇÕES -
RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - TERMO INICIAL - Conta-se a partir da
publicação da Resolução do Senado Federal nº. 82, de 19 de novembro de
1996, o prazo para a apresentação de requerimento para restituição dos
valores indevidamente recolhidos a título de imposto de renda retido na
fonte sobre o lucro líquido (ILL), para as sociedades por ações.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
MAKRO ATACADISTA S.A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de
Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Pedro Paulo
Pereira Barbosa, Antonio Lopo Martinez e Maria Helena Cotta Cardozo votaram pela
conclusão.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 29 JAN 2008

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros HELOÍSA GUARITA SOUZA, GUSTAVO LIAN HADDAD, RENATO COELHO BORELLI (Suplente convocado) e REMIS ALMEIDA ESTOL.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

Recurso nº. : 154.769
Recorrente : MAKRO ATACADISTA S.A.

RELATÓRIO

MAKRO ATACADISTA S.A. contribuinte inscrito no CNPJ sob o nº. 47.427.653/0001-15, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Rua Carlos Lisdegno Carlucci, nº. 519 - Bairro Butantã, jurisdicionado a DERAT em São Paulo - SP, inconformada com a decisão de Primeira Instância de fls. 80/84, prolatada pela Segunda Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo - SP, recorre, a este Primeiro Conselho de Contribuintes, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 86/97.

O requerente apresentou, em 31/05/02 pedido de restituição de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, relativo aos anos-base (período de apuração) de 1990 a 1992, recolhidos entre 28/02/90 e 31/12/92, cujos valores atualizados, sob a óptica do requerente, somam a importância de R\$ 2.679.895,14, cumulado com Pedido de Compensação de COFINS.

De acordo com a Portaria SRF nº. 4.980/94, a DERAT em São Paulo - SP, através da Divisão de Orientação e Análise Tributária - EQPIR, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base na argumentação que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário (Art. 168, I, do CTN).

Irresignado com a decisão da autoridade administrativa singular, o requerente apresenta, tempestivamente, em 11/09/02, a sua Manifestação de Inconformidade de fls. 50/54, instruído com os documentos de fls. 55/76, solicitando que

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

seja revisto a decisão para declarar procedente o pedido de restituição, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que a jurisprudência e a doutrina são mansas e pacíficas no sentido de que o prazo de decadência ou de prescrição do direito de restituir/compensar, no caso de declaração de inconstitucionalidade, veio através da Instrução Normativa da SRF nº. 63 de julho de 1997, publicada no DO de 25/07/97;

- que na espécie, isso aconteceu com a IN nº. 63, publicada em 25/07/97. Somando-se 5 (cinco) anos a esta data tem-se 25/07/2002, quando o pedido de restituição aqui referido, foi protocolizado em 31/05/2002, portanto, estritamente dentro do lapso prescricional/decadencial de 5 anos que data vênua, ainda encontra-se em vigor;

- que incide a regra do prazo de 5 (cinco) anos para a recuperação (restituição/compensação), já que se trata de cobrança declarada inconstitucional, com Resolução do Senado Federal e ato do poder administrativo reconhecendo o direito do contribuinte;

- que há orientação extremamente firme e lógica, não somente do STJ, mas que igualmente já sensibilizou e foi adotada no âmbito da própria autoridade administrativa suprema em matéria de interpretação e aplicação da legislação tributária no âmbito da Secretaria da Receita federal, através do Parecer da COSIT 58/98, no sentido de que nesses casos. O prazo de 5 anos para restituir somente se conta da Resolução do Senado federal, ou então, inexistente esta, a partir da declaração de inconstitucionalidade, desde que pelo controle direto, ou seja, através de ADIN.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição e as razões de inconformidade apresentadas pelo requerente, a Segunda 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, nos seguintes argumentos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

- que o contribuinte cita o Parecer COSIT nº. 58, de 1998, que teria interpretação que lhe seria favorável quanto ao termo de início do prazo decadencial, porém, o Ato Declaratório SRF nº. 96, de 1999, sendo posterior àquele Parecer, reflete o atual entendimento da Secretaria da Receita Federal;

- que as mencionadas disposições legais não tratam de restituição, ou sequer de pagamento indevido ou não, de tributo, mas tão-somente de lançamento que, colimado a constituição de crédito tributário com fulcro em norma eivada de inconstitucionalidade, tenha sido efetuado ou esteja pendente de julgamento;

- que a IN nº. 63/1997, relativamente à hipótese contemplada no caput de seu art. 1º, veda a constituição de créditos tributários, autoriza a revisão de ofício de lançamentos já efetuados, e determina que, nos casos em que tais lançamentos tenha sido contestados administrativamente pelo contribuinte e ainda estejam pendentes de julgamento, a aplicação da lei declarada inconstitucional seja subtraída. Portanto, é inquestionável que a referida norma administrativa, no que tange à decadência, não auxilia o contribuinte nem cria direito novo;

- que no caso concreto, o crédito objeto do pedido de restituição, protocolizado em 31/05/02 (fl. 01), refere-se a recolhimento de ILL efetuados entre fevereiro de 1990 e dezembro de 1992, pelo que já estava, inequivocamente, decaído o direito de o contribuinte solicitar a restituição pleiteada;

- que de todo o exposto, resta concluir que, ao não tomar conhecimento do pedido de restituição em exame, devido à decadência do direito em apreço, o Despacho Decisório foi proferido em obediência e dentro dos limites da legislação que o fundamentou;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

- que cabe alertar que, mesmo que não houvesse ocorrido à decadência, não consta do processo a necessária comprovação de que o interessado tenha assumido o ônus do tributo em análise, nos termos do art. 166 do CTN.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada na seguinte ementa:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Exercício: 1991, 1992, 1993

Ementa: ILL - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - O prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal extingue-se após o decurso de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida."

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 18/01/06, conforme Termo constante às fls. 85 e 85-verso, e, com ela não se conformando, o requerente interpôs, em tempo hábil (15/02/06), o recurso voluntário de fls. 86/97, instruído pelos documentos de fls. 98/120, no qual demonstra irrisignação 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. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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.

Não há arguição de qualquer preliminar.

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, mesmo sendo uma sociedade por ações (sociedade anônima) 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 que a melhor regra para a contagem do prazo decadencial seria da data da publicação da Instrução Normativa nº. 63, de 25 de julho de 1997 e não a data da publicação da Resolução do Senado nº. 82, de 18 de novembro de 1996. Desta forma, a suplicante entende que está enquadrado numa das situações em que a lei foi declarada inconstitucional. Ora fala em sociedade por quotas citando a Instrução Normativa SRF nº. 63/97, de 24/07/97 e ora fala em Sociedade Anônima.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

Assim, diante do alegado 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.

Não tenho dúvidas, que o prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos a maior ou indevidamente é sempre de 05 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem, em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito surge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia *erga omnes*, pela edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.

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, onde a requerente alega que estaria amparada pela declaração de inconstitucionalidade do referido imposto pelo Supremo Tribunal Federal, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria.

Com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que nos casos de situação conflituosa, o termo inicial não poderá ser o momento da extinção do

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

crédito tributário pelo pagamento, já a fixação do termo inicial para a apresentação do pedido de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento os pagamentos efetuados pelos contribuintes 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 os beneficiários agiram dentro da presunção de legalidade e constitucionalidade da lei que instituiu o imposto ou contribuição. 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.

Por outro lado, também não tenho dúvida, se declarada a inconstitucionalidade - com efeito, *erga omnes* - da lei que estabelece a exigência do tributo,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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 à 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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 ações, 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 Resolução do Senado, ou seja, 18 de novembro de 1996. Assim, é de se negar o pleito da recorrente, no aspecto da decadência do direito de pleitear restituição do 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 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:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

"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."

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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 a partir da publicação da Resolução nº. 82 do Senado Federal (18/11/96) surgiu o direito da requerente em pleitear a restituição do imposto sobre o lucro líquido, porque esta Resolução é que estampa o reconhecimento pela não-incidência das sociedades por ações, como é o caso da requerente.

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

Por outro lado, entendo que não teria ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição, se a requerente fosse constituída por uma sociedade por quotas, 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 31 de maio de 2002. Entretanto, não é o caso dos autos, pois está perfeitamente identificado que a requerente é uma sociedade por ações (sociedade anônima), cujo termo inicial para a contagem do prazo decadencial de pleitear a restituição do ILL é contado da data da publicação da Resolução do Senado (18/11/1996).

É de se ressaltar, ainda, que para aqueles que adotam como termo inicial para a contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição à data da publicação da Resolução do Senado Federal nº. 82/96 (18/11/96), independentemente, de ser sociedade anônima ou sociedade por quotas, já havia transcorrido o prazo decadencial.

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

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 a requerente é uma sociedade por ações (sociedade anônima), sendo inaplicável a norma legal acima transcrita.

É de se observar, ainda, que a própria requerente se refere, em sua peça recursal, que a empresa esta organizada sob a forma de sociedade anônima.

Sustentou, ainda, a requerente em sua defesa oral a “tese dos cinco mais cinco” adotado pelo STJ, ou seja, que a extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados das ocorrências do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita, entendendo que essa interpretação já está pacificada no âmbito administrativo como pelo próprio STJ, haja vista que este ao apreciar o prazo decadencial introduzido pela Lei

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

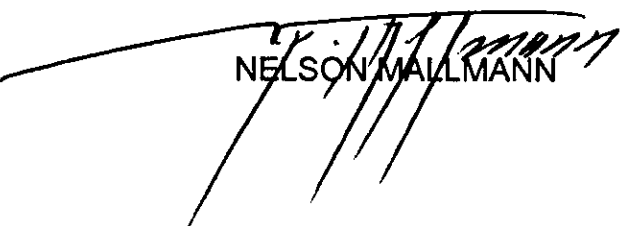
Processo nº. : 11831.002896/2002-75
Acórdão nº. : 104-22.864

Complementar nº 118, de 2005, concluiu que o prazo decadencial/prescricional para pleitear restituição/compensação de tributos para fatos geradores ocorridos até o ano de 2005 é de 10 anos.

Com a devida vênia, a tese exposta pela requerente não encontra nenhum respaldo na jurisprudência desta Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, já que o entendimento adotado pelo colegiado para os casos normais de restituição por pagamento indevido é de que o prazo para o contribuinte possa pleitear a restituição de imposto de renda retido na fonte sobre valores, pagos indevidamente, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

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 NEGAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 05 de dezembro de 2007



NELSON MALLMANN