



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

Processo nº : 13603.000980/00-40
Recurso nº : 148.824
Matéria : IRF/ILL – Anos: 1989, 1990
Recorrente : DELP ENGENHARIA MECÂNICA LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG
Sessão de : 25 de maio de 2006
Acórdão nº : 102-47.602

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 DELP ENGENHARIA MECÂNICA 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 3ª TURMA/DRJ/BELO HORIZONTE/MG 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 MAI 2006

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

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 : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

Recurso nº : 148.824
Recorrente : DELP ENGENHARIA MECÂNICA LTDA.

RELATÓRIO

DELP ENGENHARIA MECÂNICA LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 17.161.936/0001-05, protocolou, em 30.06.2000, pedido de restituição de fls. 01, pleiteando o ressarcimento de crédito no total de R\$ 82.057,71, referente ao imposto sobre o Lucro Líquido – ILL recolhidos em 30-04-90 e 30-04-91, na forma do art. 35 da Lei nº 7.713/88 que foi declarado inconstitucional. A estes autos foram apensados o de nº 13603.000123/2003-54, com início 15-01-03, que tem por objeto a declaração de compensação do crédito de R\$ 18.852,10. O pedido de compensação constante deste segundo processo foi instruído com a planilha de fls. 03/04 e cópia da 3ª alteração contratual da requerente consolidando o contrato social vigente em 31 de julho de 2001.

No processo nº 13603.000980/00 consta contrato social datado de 27-04-89 e os DARFs de fls. 04 especificando o ILL pago em 30-04-90 e 30-04-91, documentos estes devidamente autenticados.

Em relação ao pedido de restituição especificado no processo nº 13603.000980/00 a DRF exarou Despacho Decisório de fls. 18/20 indeferindo o pedido do contribuinte, alegando que a decadência do direito de pleitear a restituição de tributo se dá com o decurso de 5 anos, contados da data de extinção do crédito tributário. Fundamentou-se a decisão no art. 165 e 168, I, ambos do CTN, bem como no Ato Declaratório da SRF nº 96/99.

Inconformada, a contribuinte ofereceu Manifestação de Inconformidade às fls. 27 e seguintes, requerendo a reforma do Despacho Decisório e o deferimento da restituição. Entende a recorrente que o marco inicial do prazo prescricional deve ser a Instrução Normativa de nº 63/97, que dispõe especificamente sobre a cobrança ILL nas sociedades limitadas, e foi publicada em

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

25.10.1997, com efeitos *erga omnes*. Protocolado em 30-05-2000, o pedido de restituição estaria dentro do prazo legal de que trata o artigo 168 do CTN.

A 3ª Turma da DRJ de Belo Horizonte/MG, as fls. 59 e seguintes, decidiu pela improcedência do pedido, entendendo que o direito de pleitear a restituição do imposto cobrado indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco), contados da data da extinção do crédito tributário, que em seu entender dá-se com o pagamento e não com a homologação tácita.

Intimada do acórdão de fls. 59/65 em 09-08-05, conforme AR de fl. 69, em 08-09-2005 a contribuinte interpôs recurso alegando, em síntese, que a data inicial do prazo para requerer a restituição de tributo considerado inconstitucional, no caso, é a publicação da Instrução Normativa nº 63/97, publicada em 25.07.1997. Sustenta a recorrente que é tempestivo seu pedido de restituição protocolado em 30-06-2000, devendo ser reconhecido seu crédito e também homologada a Declaração de Compensação de que trata o processo nº 136.00123/2003, que foi negada com base no seguinte fundamento da decisão de fls. 13/14 do processo em apenso:

"O contribuinte acima identificado solicitou, em 05-07-2000¹ (sic), a restituição de suposto crédito de imposto sobre o lucro líquido pago indevidamente entre abril de 1989 e abril de 1990. Argumenta que "em 1995 foi proferida a sentença declarando inconstitucional a lei que instituiu o imposto sobre o Lucro Líquido."

.....

"Em face ao exposto, proponho seja INDEFERIDO o pedido de restituição, tendo em vista ter decaído o direito de pleitear os créditos apontados pelo contribuinte nesta solicitação, em função das determinações do Código Tributário Nacional e declarada não homologada a compensação constante do processo 13603.000123/2003-54."

Faço constar do relatório de que cópia do AR datado de 09-08-2005,

¹ Ver carimbo de protocolo de recebimento datado de 30-06-2000, fazendo pressupor que o pedido de restituição foi feito nesta data e não em 05-07-2000.

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

que consta da fl. 69 do processo nº 13603.980/00-40 também consta da fl. 19 do pedido de compensação que se encontra em apenso (proc. 13603.000123-54).

Não tendo sido homologado o pedido de compensação de que trata o processo 13603.000123/2003-54, a recorrente arrolou bens em garantia (fl. 86 e seguintes) e ingressou com recurso que foi recebido na origem, sendo os autos encaminhado a esta 2ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

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.

Verifico que o mérito o pedido de compensação de que trata o processo nº 1603.000123/2003-54, que se encontra em apenso, depende do que for decidido no processo nº 13603.000980/00-40. Afastada a decadência neste processo tal decisão terá reflexos no pedido de compensação, pois tal pedido não foi acolhido em face da decadência do pedido de restituição formulado em 30-06-2000.

Feito o registro acima, cabe analisar a matéria destacando que 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.** Alicerçado 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.

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, 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 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

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

direito a espécie (verbete 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 inseridas 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, 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 nº 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

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

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 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 25-07-2003.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais do Primeiro Conselho de Contribuintes também 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:

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

- 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, afasto a decadência.

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 a incidência do imposto de renda.

Havendo necessidade de análise do contrato social para se verificar se o mesmo prevê distribuição automática dos lucros anualmente verificados, o instrumento a ser analisado é o que se encontrava em vigor nas respectivas datas.

A 3ª alteração contratual que consta dos autos está datada de 31-07-2001, o que demonstra que entre o ato de constituição da sociedade e a data da ocorrência dos fatos geradores dos tributos pagos por exigência de Lei declarada inconstitucional existiram outras alterações contratuais.

Diante do exposto, considerando que não há nos autos os contratos sociais que estavam em vigor em 31-12-89 e 31-12-90 para verificar se há ou não previsão de distribuição automática dos lucros anualmente verificados, DOU provimento ao recurso, para AFASTAR a decadência, inclusive quanto ao processo nº 13603.000123/2003-54 que se encontra em apenso é julgado em conjunto, determinando o retorno dos autos à 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG para,

Processo nº : 13603.000980/00-40
Acórdão nº : 102-47.602

após as diligências necessárias, apreciar o mérito.

É o voto.

Sala das Sessões - DF, em 25 de maio de 2006.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA