



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

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Recurso nº : 150.428
Matéria : IRF - Ano: 1992
Recorrente : VIAÇÃO CIDADE DO AÇO LTDA
Recorrida : 4ª TURMA/DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ I
Sessão de : 27 de julho de 2006
Acórdão nº : 102-47.791

ILL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SOCIEDADE LIMITADA - É de cinco anos o prazo para repetição do indébito, contados da edição de ato normativo que reconheceu a ilegalidade da exigência, qual seja, a Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997 (Acórdão CSRF/01-03.854).

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por VIAÇÃO CIDADE DO AÇO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência, reconhecendo o direito creditório pleiteado e determinar o retorno dos autos à DRF de origem para a execução do julgado, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO

PRESIDENTE

MOÍSES GIACOMETTI NUNES DA SILVA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 30 OUT 2006

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM, ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

Recurso nº : 150.428
Recorrente : VIAÇÃO CIDADE DO AÇO LTDA

RELATÓRIO

Em 24 de julho de 2002 a contribuinte antes nominada ingressou com pedido de restituição de valores pagos de imposto de renda sobre o lucro líquido nos anos de 1990 a 1992. O pedido foi instruído com cópia autenticada dos DARFs de fls. 26/29, cópia autenticada da consolidação do contrato social vigente em 31 de agosto de 1992 (fl. 15/24) e planilha de cálculo de fl. 06.

Através da decisão de fls. 86, a contribuinte foi intimada para trazer aos autos cópia do contrato social em vigor em 31-12-89 e de todas as alterações seguintes, o que atendeu através da juntada dos documentos de fls. 89/158.

Juntado os documentos antes referidos, foi exarado o despacho de fls. 165 determinando que a contribuinte trouxesse aos autos cópias das fls. dos livros Diário Geral e Razão onde constam todos os lançamentos relativos ao Imposto de Renda na Fonte.

Em atendimento a intimação acima referida a contribuinte juntou os documentos de fls. 168/185.

Adveio o despacho decisório de fls. 186 indeferindo a pretensão da contribuinte, sob o fundamento de que quando do pedido de restituição haviam decorrido mais de cinco anos contados da data do pagamento.

Inconformada a contribuinte ingressou com manifestação de inconformidade, sendo que a DRJ também entendeu pela decadência da pretensão do direito à restituição.

Intimada em 26/01/2006, em 17/02/2006 a recorrente ingressou com o recurso de fls.214/228, sustentando, em síntese, que seu pedido protocolizado no dia 24 de julho de 2002 estava dentro do prazo legal.

É o relatório.

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso atende é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº R.E. nº 172.058/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que tinha por objeto a constitucionalidade 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 controvérsia 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 constitucionalidade 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/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

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

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 (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 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 nº 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.

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

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 do Senado, possuía 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 se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, *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 52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma que, em controle difuso de constitucionalidade, for 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.

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

No caso de norma declarada inconstitucional, o prazo de que trata o artigo 168 do CTN que assegura o período de tempo de cinco anos para o contribuinte pedir a restituição começa a fluir a partir de um dos eventos referidos no parágrafo anterior. Assim, em se tratando de Sociedade Anônimas, tem-se como marco inicial o dia 20-11-1996 com término em 19-11-2001. Para as sociedades por quotas 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.

No caso dos autos estamos diante de sociedade limitada cujo capital social está distribuído entre os sócios quotistas, é tempestivo o pedido de restituição protocolado em 24 de junho de 2002.

Afastada a decadência, tenho que no caso dos autos pode se enfrentar o mérito, pois o processo está devidamente instruído.

No caso das sociedades constituídas por quotas de capital social, o Imposto Sobre o Lucro Líquido, na esteira da decisão do STF, é inconstitucional se não houver previsão no contrato social de disponibilidade imediata ou distribuição automática dos lucros, quando da apuração do resultado anual.

Assim, a pretensão da requerente passa obrigatoriamente pela análise da cláusula sétima da sexta alteração contratual que assim dispõe:

VII - DAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

As deliberações sociais referentes à modificação dos estatutos, nomeação ou destituição de diretor, incorporação, fusão, transformação ou dissolução da sociedade, alienação ou oneração de bens imóveis, o arrendamento total das instalações da sociedade a terceiros, a proposta judicial da concordata ou o requerimento de auto-falência, dependerão de autorização prévia da assembléia geral dos quotistas, cuja deliberação será tomada por maioria absoluta de votos, calculada sobre a totalidade do capital social.

Parágrafo 1º - As deliberações que tiverem por objetivo assuntos outros, não especificados neste artigo, serão tomados por maioria de votos, sempre em função do capital.

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

(...)

Parágrafo 5º - As assembléias gerais de cotistas serão convocadas por qualquer dos diretores, através de carta ou telegrama, com antecedência mínima de 5 (cinco dias). A qualquer dos quotistas, representando mais de 10% (dez por cento) do capital social, é assegurado o direito de proceder à convocação de assembléia, se a Diretoria não o fizer.

(...)

Parágrafo 7º - Em caso de empate, considerar-se-á aprovada a liberação que contar com o voto de maior número de sócios. Persistindo o empate, caberá ao sócio gerente, detentor de maior número de quotas, o voto de qualidade.

Por força do parágrafo único da cláusula sétima da alteração contratual nº 06, acima transcrita, verifico que as deliberações sobre a distribuição do lucro líquido encontram-se inclusas nas disposições que os sócios decidiram chamar de "outros assuntos".

Sendo necessário assembléia geral dos sócios quotistas para deliberarem sobre eventual distribuição do lucro líquido, verifico que no caso dos autos os sócios, salvo deliberação de assembléia convocada nos termos previstos na cláusula sétima parágrafo quarto, não tinham competência para deliberarem sobre a disponibilidade imediata ou automática dos lucros.

Por tais fundamentos, se pode concluir pelo provimento do recurso da contribuinte. Entretanto, além das razões acima apontadas, verifico, ainda, que em 31 de agosto de 1992 a sociedade celebrou a sétima alteração contratual decidindo, entre outras matérias, pelo aumento do capital social, cuja cláusula terceira assim dispõe:

CLÁUSULA TERCEIRA – Os sócios resolvem alterar a cláusula quinta do contrato social em vigor, elevando o capital social para Cr\$ 30.000.000.000,00 (trinta bilhões de cruzeiro), corrigindo monetariamente até a presente data, com aproveitamento das seguintes reservas :

LUCRO DE EXERCÍCIOS ANTERIORES no valor de Cr\$ 6.946.798.467,76 (seis bilhões, novecentos e quarenta e seis

Processo nº : 13727.000296/2002-95
Acórdão nº : 102-47.791

milhões, setecentos e noventa e oito mil, quatrocentos e sessenta e sete cruzeiros e setenta e seis centavos);

LUCRO DO EXERCÍCIO – 1989 no valor de Cr\$ 2.523.101.163,57 (dois bilhões, quinhentos e vinte três milhões, cento e um mil, cento e setenta e três cruzeiro e sete centavos);

LUCRO DO EXERCÍCIO – 1990 no valor de Cr\$ 5.685.594.942,09 (cinco bilhões, seiscentos e oitenta e cinco milhões, quinhentos e noventa e quatro mil, novecentos e quarenta e dois cruzeiros e nove centavos); e parte do saldo de **RESERVA DE CORREÇÃO DO CAPITAL** no valor de CR\$ 14.844.405.426,58 (quatorze bilhões, oitocentos e quarenta e quatro milhões, quatrocentos e cinco mil, quatrocentos e vinte e seis cruzeiros e cinqüenta e oito centavos)

Pelo exposto, voto no sentido de AFASTAR a decadência, reconhecendo o direito creditório comprovado através dos DARFs de fls. 26/29, corrigidos na forma da lei, determinando o retorno dos autos à DRF de origem para a execução do julgado.

Sala das Sessões - DF, em 27 de julho de 2006.


MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA