



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003199/98-28
Recurso nº. : 141.984
Matéria : ILL - Ex(s): 1992
Recorrente : JUTIFÍCIO SÃO FRANCISCO LTDA.
Recorrida : 7ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 11 de agosto de 2005
Acórdão nº. : 104-20.936

ILL - 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. 82/96, 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, a previsibilidade, no contrato social da empresa recorrente, da imediata disponibilidade econômica ou jurídica, pelos sócios, de 25% do lucro líquido apurado na data do encerramento dos períodos-base, configura a ocorrência do fato gerador do Imposto sobre o Lucro Líquido previsto no art. 35, da Lei nº. 7.713, de 1988, relativamente a esta parcela.

Decadência afastada.

Recurso parcialmente provido. *pl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JUTIFÍCIO SÃO FRANCISCO 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, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer o direito à restituição de apenas 75% do ILL recolhido, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO
PRESIDENTE


NELSON MALLMANN
RELATOR

FORMALIZADO EM: 01 SET 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. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

Recurso nº. : 141.984
Recorrente : JUTIFÍCIO SÃO FRANCISCO LTDA.

RELATÓRIO

JUTIFÍCIO SÃO FRANCISCO LTDA., contribuinte inscrito no CNPJ sob o n.º 61.425.229/0001-62, com domicílio fiscal na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Avenida Carioca, n.º 246 - Bairro Vila Carioca, jurisdicionada a DRF em São Paulo - SP, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 64/83, prolatada pela Sétima 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. 85/97.

O requerente apresentou, em 23/03/98, pedido de restituição/compensação de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, correspondente ao ano-base (período de apuração) de 1991, recolhidos em 31/07/92, 31/08/92 e 30/09/92, cujos valores corrigidos até a data do pedido somam a importância de R\$ 8.200,00.

De acordo com a Portaria SRF n.º 4.980/94, a Divisão de Tributação e Análise Tributária - DIORT da DERAT em São Paulo - SP, através de Delegação de Competência formalizada pela Portaria nº 54/01, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base na argumentação de que o prazo de cinco (cinco) anos para o exercício do pedido de restituição, não foi observado pelo 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 Tributário Nacional. Entendendo que o direito de pleitear a restituição/compensação está decaído, já que os valores objeto da solicitação foram recolhidos durante o ano de 1992 e o

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

presente processo foi protocolado em 25/03/98. Desta forma, a autoridade administrativa indeferiu o pedido de restituição, bem como não homologou o pedido de compensação de fls. 02.

Irresignado com a decisão da autoridade administrativa singular, o requerente apresenta, tempestivamente, em 06/03/03, a sua Manifestação de Inconformismo de fls. 25/30, solicitando que seja revisto a decisão para que seja declarado procedente o pedido de restituição/compensação, com base, em síntese, nos seguintes argumentos:

- que na verdade, o artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, trata-se de uma aberração legislativa que procurou tributar, na data do encerramento do balanço, renda não disponível para o contribuinte, quer jurídica, quer economicamente, no caso da pessoa física, sócio ou titular da empresa individual, contrariado o que preceitua o artigo 43 do CTN;

- que após sucessivos questionamentos judiciais, por parte de um sem número de contribuintes, acerca da incidência do aludido imposto, junto às várias esferas do Poder Judiciário, a questão finalmente chegou ao Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 172.058-SC, que, em sessão de julgamento pelo Tribunal Pleno, na data de 30 de junho de 1995, houve por bem declarar a inconstitucionalidade do artigo em foco;

- que como decorrência de tal decisão, o Senado Federal, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal editou a Resolução nº 82, de 18/11/96, que suspendeu a execução do artigo 35 da referida Lei Federal nº 7.713, de 1988, nos seguintes precisos termos;



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

- que o próprio Governo reconheceu a ilegalidade dessa sistemática de tributação, ao extinguir o ILL a partir de 31/12/92, nos termos do artigo 75, da Lei nº 8.383, de 1991;

- que no caso em tela, o termo inicial para o ressarcimento/restituição deve ser contado a partir da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82/96 já que, somente a partir dessa é que nasceu o direito aos contribuintes à restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente.

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

- que alega a defesa que somente a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/96, que conferiu à decisão do STF o efeito erga omnes, é que deve se iniciar a contagem do prazo para que os contribuintes possam pleitear a restituição do indébito tributário;

- que como a Resolução do Senado Federal foi publicada em 19/11/96 e seu pedido de restituição foi apresentado em 25/03/98, nesta data ainda não teria expirado o seu direito de pleitear o suposto indébito tributário, pois não havia se passado os cinco anos;

- que de acordo com os DARF's de fls. 03/05, o último pagamento referente ao ILL ocorreu em 29/09/92, então, o direito de pleitear a restituição, se houvesse, teria sido extinto em 28/09/97, muito antes da data em que a interessada apresentou o seu requerimento, em 25/03/98;

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

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

- que, por último, argumenta a requerente que, nos casos de restituição do indébito relativo ao ILL, onde a inconstitucionalidade do tributo foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, inexistente a figura do "pagamento indevido" tipificado no artigo 165 do CTN, razão pela qual é inaplicável o prazo do artigo 168 do CTN, sendo aplicável o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32, segundo entendimento da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes;

- que ainda que o prazo para pleitear a restituição seguisse as disposições do referido Decreto, tal prazo estaria extinto na data em que a empresa apresentou o seu pedido;

- que em decorrência da decisão da Suprema Corte, o Senado Federal houve por bem suspender a execução do citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, por meio da Resolução nº 82, de 18/11/96;

- que o Secretário da Receita Federal editou, em consonância com o julgado do STF, a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/97, com a finalidade de evitar litígios em processos administrativos, sobre as matérias tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

- que de acordo com o parágrafo único do art. 1º da IN nº 63, de 1997, as empresas que não se enquadram como sociedades anônimas, somente deixarão de pagar o ILL, quando o contrato social vigente na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata do lucro líquido, ao sócio cotista;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

- que a interessada é uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, portanto, cabe o exame de seu enquadramento no disposto no parágrafo único do artigo 1º da IN SRF nº 63/97;

- que, portanto, conforme disposto no contrato social da contribuinte, possuíam os sócios quotistas a disponibilidade jurídica imediata de 25% do lucro líquido da empresa, inexistindo, em consequência, indébito no tocante a essa parcela do lucro;

- que quanto aos 75% do lucro, conforme disposto no contrato social da empresa, de fato, não possuíam os sócios quotistas a disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido da empresa. Resta, então, analisar a legitimidade da interessada para postular o direito creditório;

- que os DARF's de fls. 03/05, isoladamente, não permitem concluir que a interessada tenha suportado o ônus do ILL. Por conseguinte, como não foram trazidos aos autos elementos suficientes para comprovar que a requerente arcou com o encargo financeiro, nem autorização expressa de quem suportou tal encargo, como prevê o artigo 166 do CTN, não há que se falar em direito à restituição por parte da empresa que a solicitou;

- que sendo o sócio quotista pessoa física, e tendo ele efetivamente arcado com o ônus do tributo, somente ele poderá pedir a restituição do imposto comprovadamente pago de forma indevida. Como a procuração que consta dos autos (fl. 31) e que atribui poderes aos procuradores para pedir a restituição foi passada pela pessoa jurídica e não por cada pessoa física dos sócios, fica constatado que não assiste à autora o direito à repetição do indébito tributário.

A presente decisão está consubstanciada nas seguintes ementas:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

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

Data do fato gerador: 31/07/1992, 28/08/1992, 29/09/1992

Ementa: IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO RESTITUIÇÃO - PRAZO
PARA PLEITEAR

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS FINANCEIRO

A restituição dos tributos que comportam transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo.

Solicitação Indeferida."

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 12/05/04, conforme Termo constante às fls. 84 e 84-verso, com ela não se conformando, o requerente interpôs, em tempo hábil (09/06/04), o recurso voluntário de fls. 85/97, instruído com os documentos de fls. 98/108, 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. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

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 o 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, bem como quando a própria administração tributária reconhece a não incidência de determinado tributo.

Da análise do processo, nota-se que o 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

assentimento (concordância) de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não seja a de distribuição.

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, 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 ou reconhecidos como indevidos pela própria administração tributária.

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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

Diz o Código Tributário Nacional:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...).

165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...).

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

“Art. 900. O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I - da data do pagamento ou recolhimento indevido;”

Entretanto, no caso dos autos, se faz necessário um exame mais detalhado da matéria, ou seja, se faz necessário verificar de forma específica se em casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo supremo tribunal ou quando a administração tributária reconhece a não incidência de determinado tributo, o prazo decadencial, para

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente, seguiriam a regra geral acima mencionada.

Assim, com todo o respeito aos que pensam de forma diversa, entendo, que neste caso específico, 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 de restituição está estritamente vinculada ao momento em que o imposto passou a ser indevido. Até porque, antes deste momento os pagamentos efetuados pelo requerente eram pertinentes, já que em cumprimento de ordem legal. Em outras palavras quer dizer que, antes do reconhecimento da improcedência do imposto, o suplicante agiu 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, sem 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

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, 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;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

- 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 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 do recorrente, no aspecto da decadência do direito de pleitear restituição de indébito tributário, pelas razões abaixo.

Após sucessivos questionamentos judiciais, por parte de um sem número de contribuintes, acerca da incidência do aludido imposto, junto às várias esferas do Poder Judiciário, a questão finalmente chegou ao Excelso Supremo Tribunal Federal, em sede do Recurso Extraordinário nº 172.058-SC, que, em sessão de julgamento pelo Tribunal Pleno,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

na data de 30 de junho de 1995, houve por bem declarar a inconstitucionalidade, em certas situações, do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988.

É conclusivo, 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".

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

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, 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, em decorrência de tal decisão, o Senado Federal, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal editou a Resolução nº 82, de 18/11/96, que suspendeu a execução do artigo 35 da referida Lei Federal nº 7.713, de 1988, nos seguintes precisos termos:

“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.”

A administração da Secretaria da Receita Federal preocupada e visando dar efetividade à decisão do Supremo Tribunal, bem como cumprir a decisão do Senado Federal, e tendo como suporte de validade o Decreto nº 2.194, de 07/04/97, o qual dispõe em seu artigo 1º que “Fica o Secretário da Receita Federal autorizado a determinar que não sejam constituídos créditos tributários baseados em lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originalmente ou mediante recurso extraordinário.”, o Secretário da Receita Federal editou, em consonância com o julgado do Supremo Tribunal Federal, a Instrução Normativa nº 63,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

de 24/07/97, com a finalidade de evitar litígios em processos administrativos, sobre as matérias tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, que diz:

“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 do 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, situação não abrangida pela Resolução do Senado Federal nº 82/96.

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.

Ora, o prazo decadencial do direito de pleitear a repetição do indébito, no caso de tributo declarado inconstitucional, inicia-se no momento em que a exação é reconhecida como indevida.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

Em conclusão entendo que 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 82/96, 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 (25/07/97) e a do pedido de restituição (25/03/98), 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.

No mérito, como mencionado anteriormente, as empresas que não se enquadram como sociedade anônima, deixarão de pagar o ILL, quando o contrato social vigente na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido, ao sócio cotista.

Da análise dos autos, não há dúvidas que o contribuinte é uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, portanto, cabe o exame de seu enquadramento no disposto no parágrafo único do artigo 1º da IN SRF nº 63, de 1997.

Ora, no caso em tela, é cristalino que o instrumento contratual vigente á época dos fatos, juntado aos autos às fls. 48/57, datado de 25/06/90, previa a distribuição

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

imediate de 25% dos lucros, anualmente, quando da elaboração das demonstrações contábeis, em 31 de dezembro, conforme transcrição da cláusula abaixo:

ARTIGO 8º - O exercício social começa em 01 de janeiro e termina em 31 de dezembro de cada ano. Ao fim de cada exercício social serão preparados o Balanço Patrimonial e as demais Demonstrações Financeiras previstas em lei. O lucro líquido apurado em Balanço, após uma distribuição de 25% (vinte e cinco por cento) aos quotistas, poderá ser:

- a. distribuído aos quotistas, na proporção da participação de cada um deles no capital social;
- b. retido, total ou parcialmente; ou
- c. capitalizado.

PARÁGRAFO ÚNICO - A Sociedade poderá, ainda, mediante resolução dos quotistas, levantar Balanços Intermediários para apuração dos lucros e distribuição dos mesmos, na forma do "caput" deste artigo."

Portanto, conforme disposto no contrato social do contribuinte, possuíam os sócios quotistas a disponibilidade jurídica de 25% do lucro líquido da empresa, inexistindo, em consequência, indébito no tocante a essa parcela do lucro.

Quanto aos 75% do lucro, conforme disposto no contrato social da empresa, de fato, não possuíam os sócios quotistas a disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido da empresa.

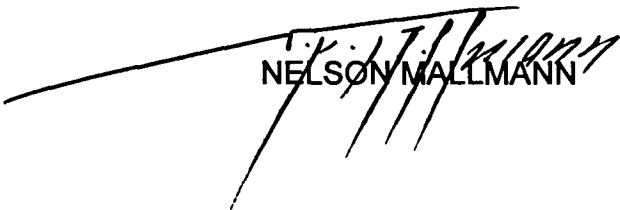
Diante do conteúdo dos autos, pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça voto no sentido de AFASTAR a decadência do direito de pleitear restituição e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer o direito à restituição de 75% do ILL pleiteado, cujo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13805.003319/98-28
Acórdão nº. : 104-20.936

cálculo do valor a ser restituído/compensado será realizado pela autoridade executora do presente Acórdão.

Sala das Sessões - DF, em 11 de agosto de 2005



NELSON MALLMANN