



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº	13819.002359/2001-38
Recurso nº	155.545 Voluntário
Matéria	ILL-Ano(s): 1990 a 1992
Acórdão nº	104-22.507
Sessão de	13 de junho de 2007
Recorrente	INDÚSTRIA ARTEB S.A.
Recorrida	1ª TURMA/DRJ-CAMPINAS/SP

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - 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), inclusive para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

ILL - INCONSTITUCIONALIDADE - Declarada a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988 é de se deferir a compensação/restituição do tributo pago indevidamente, desde que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada não tenha previsto, em seu contrato social, a distribuição automática dos lucros ao final do período-base.

Decadência afastada.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDÚSTRIA ARTEB S.A.

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 (Relator) e Maria Helena Cotta Cardozo. No mérito, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Pedro Paulo Pereira Barbosa (Relator), Nelson Mallmann e Maria Helena Cotta Cardozo, que

pl

proviam parcialmente o recurso para reconhecer o direito creditório apenas relativamente à sociedade anônima. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Remis Almeida Estol.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


REMIS ALMEIDA ESTOL

Redator-designado

FORMALIZADO EM: 22 OUT 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Renato Coelho Borelli (Suplente convocado), Gustavo Lian Haddad, Antonio Lopo Martinez e Marcelo Neeser Nogueira Reis. Ausente justificadamente a Conselheira Heloísa Guarita Souza.

Relatório

INDÚSTRIAS ARTEB S.A. solicitou, em 11/10/2001, por meio da petição de fls. 01/07 a restituição de valores que teriam sido pagos a título de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido - ILL, instituído pelo artigo 35 da lei nº 7.713, de 1988 e a compensação desse crédito com débitos de IRRF que relaciona.

O fundamento do pedido, em síntese, é a inconstitucionalidade, declarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, do referido artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988.

A Delegacia da Receita Federal em São Bernardo do Campo indeferiu o pedido, sob o fundamento, em síntese, de que, quando da sua formalização, o direito de pleitear a restituição do tributo já estava extinto pela decadência, cujo termo inicial de contagem do prazo seria a da extinção do crédito tributário, conforme artigos 165, I e 168, I do CTN (fls. 72/74).

Manifestação de Inconformidade

A Requerente apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 76/94 com as seguintes alegações e argumentos:

- que o pedido teve como fator determinante a declaração de inconstitucionalidade pelo STF no julgamento do RE 172.058-1, do art. 35 da lei nº 7.713, de 1998, que levou à publicação pelo Senado Federal da Resolução nº 82, de 18/11/1996, determinando a suspensão da execução do mencionado dispositivo;

- que o indeferimento da restituição pretendida foi proferido sob a única e exclusiva argumentação de extinção do direito do contribuinte em requerer a restituição do indébito, ao amparo do Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999, embasado no Parecer PGFN 1.538, de 1999;

- que a conclusão de que a requerente não teria direito ao crédito em relação a duas empresas sucedidas, constituídas na forma de sociedades limitadas, merece reparo em função do parágrafo único do art. 1º da IN 63, de 1997, pois o contrato da empresa Arteb Comercial e Exportadora Ltda. (anexo 32, fls. 202/209) previa, no item 2 de sua cláusula 7ª, que *"os lucros apurados no balanço ... terão o destino que for deliberado pelas sócias"*;

- que o valor da restituição solicitada (R\$ 7.980.124,51) é composto das parcelas de R\$ 2.508,82, R\$ 1.935.212,34 e R\$ 6.042.403,35, relativos, respectivamente, às empresas sucedidas: Indústrias Arvisa Ltda., Aesa Amazonas S.A. e Arteb Comercial e Exportadora Ltda;

- que o Princípio Constitucional da Isonomia é malferido pela decisão da autoridade administrativa, pois restariam beneficiados os contribuintes que deixaram de pagar o imposto e aqueles que se insurgiram contra a sua exigência, enquanto aqueles que cumpriram fielmente suas obrigações tributárias ficariam prejudicados;

- que aqueles que pleitearam restituição antes da expedição do AD 96/99, mesmo após decorrido mais de 5 anos dos pagamentos do ILL, tiveram seus pedidos deferidos;

- que é a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal que deve ter início a contagem do prazo para pleitear restituição, sob pena de incorrer-se em ilegalidade e inobservância de Justiça;

- que houve incorreta aplicação do dispositivo contido no CTN e do próprio Ato Declaratório;

- que o ILL é tributo sujeito ao lançamento por homologação e, conforme art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário do ILL ocorre com a homologação tácita que se dá após 5 anos do fato gerador, de modo que o prazo para pleitear a restituição finda após decorridos dez anos dos fatos geradores.

- que há jurisprudência, judicial e administrativa, no sentido de que o prazo questionado somente se processa após decorridos cinco anos da sentença promulgada pelo STF ou da data da publicação da Resolução do Senado Federal.

Decisão de Primeira Instância

A DRJ-CAMPINAS/SP indeferiu o pedido, confirmando a decisão da autoridade administrativa, com base, em síntese, no mesmo fundamento de que o pedido fora formalizado quando já ultrapassado o prazo decadencial. Os fundamentos da decisão de primeira instância estão consubstanciados na seguinte ementa:

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/1999. VINCULAÇÃO. Consoante o Ato Declaratório SRF n.º 96, de 1999, que vincula este órgão, o direito de a contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeitos à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Reproduzo a seguir trechos do voto condutor da decisão recorrida que bem resumem seus fundamentos, a saber:

13. Observe-se, relativamente às alegações de ofensa ao princípio da isonomia, que não há como acatar as ponderações da interessada, pois quaisquer discussões que versem sobre a constitucionalidade, legalidade ou equidade das normas exorbitam da esfera de competência das autoridades administrativas, às quais cabe apenas cumprir o que determina a legislação em vigor.

14. E acrescente-se que o dever de observância das normas, já mencionado no julgado transcrito, abrange também o entendimento da Secretaria da Receita Federal – SRF expresso em atos tributários e aduaneiros, conforme disposição literal da Portaria n.º 258, de 24 de agosto de 2001, in verbis:

(...)

16. Também a alegação de que a extinção do crédito tributário a que se refere o Ato Declaratório 96 seria aquela do inciso X do art. 156 (decisão judicial passada em julgado) e não a do inciso I (pagamento), não merece prosperar, pois, no presente caso, quando da publicação

do Acórdão pelo STF, o crédito tributário relativo ao ILL já estava extinto pelo pagamento.

17. Cumpre destacar, ainda, que, conforme ressaltou o despacho decisório impugnado, duas das empresas sucedidas pela requerente (Indústrias Arvisa Ltda. e Arteb Comercial e Exportadora Ltda.) responsáveis por recolhimentos do ILL cuja restituição é pleiteada, eram constituídas na forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Portanto, a elas não se aplica a Resolução n.º 82, do Senado Federal, de 1996, que diz respeito a sociedades anônimas, como se verifica pela transcrição:

(...)

19. Assim, ainda que o pedido fosse tempestivo, as empresas Indústrias Arvisa Ltda. e Arteb Comercial e Exportadora Ltda. que retiveram o ILL não se enquadravam nas condições que justificassem o pleito formulado pela sucessora Indústria Arteb S.A., como decidido no Despacho impugnado.

20. Para finalizar, reitere-se que, constatado que os pagamentos do imposto sobre o lucro líquido ocorreram em 1990, 1991 e 1992, conforme DARF de fls. 21/27, e que o pedido de restituição foi formulado em 11/10/2001 (fls. 01), conclui-se estar extinto o direito da contribuinte, pelo decurso do prazo de mais de 5 (cinco) anos entre a solicitação e os recolhimentos efetuados.

21. No tocante aos débitos que a interessada pretendeu compensar em seus pedidos originais com posterior exclusão da multa de mora (exclusão essa admitida pela DRF jurisdicionante), tendo em conta o indeferimento do pedido de reconhecimento de crédito, cumpre apenas atentar para que seja evitada a cobrança em duplicidade de débitos relativamente àqueles que permaneceram controlados no presente processo (extrato de fls. 249/253) e que, ao mesmo tempo, de acordo com cópias juntadas pela fiscalização às fls. 345/371, tenham sido também incluídos em Auto de Infração.

22. Registre-se, ainda, que a interessada apresentou DCTF retificadoras em 2004 e 2005 após a DRF ter procedido ao cadastramento de débitos no Profisc descrito no despacho de fls. 248 e, portanto, após a ciência do indeferimento do pedido.

23. Quanto aos requerimentos de alteração dos pedidos de compensação, sua apreciação insere-se no âmbito de competência da DRF. Demais disso, quanto ao débito de R\$ 32.967,69 para o qual a interessada requereu alteração do período de apuração de 02/09/00 para 09/09/00, consta no Auto de Infração conforme fls. 367 com essa segunda data. Já, quanto ao débito de código 0561, PA 31/03/01 (5ª semana de março/2001), para o qual a interessada requereu, às fls. 258, alteração do valor de R\$ 17.877,22 para R\$ 67.967,70, tanto no Auto de Infração (fls. 366) como em DCTF retificadora apresentada em 23/06/2005 foi apontado o primeiro valor.

Recurso

Cientificada da decisão de primeira instância em 15/09/2006 (fls. 388) a Contribuinte apresentou, em 25/09/2006, o recurso de fls. 391/430, assim resumida pela própria Recorrente:

- 1. A recorrente é pessoa jurídica sociedade anônima, regida, portanto, pelas normas da lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976;*
- 2. Comprovou ter efetuado recolhimento a título de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL, no período de 1989 a 1993, relativamente aos anos de 1988 a 1992;*
- 3. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC, o Supremo Tribunal Federal – STF, declarou a inconstitucionalidade da expressão ‘o acionista’, inscrita no artigo 35 da lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988;*
- 4. O Senado Federal, em 18 de novembro de 1996, promulgou a Resolução n. 82, suspendendo a execução do artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão ‘o acionista’, estendendo seus efeitos ‘erga omnes’;*
- 5. A Secretaria da Receita Federal editou, em 24 de julho de 1997, a Instrução Normativa n. 63, determinando: 1) a vedação a constituição de créditos relativos ao ILL; 2) que os Delegados da Receita Federal revissem os lançamentos efetuados com base no dispositivo declarado inconstitucional, eliminando aquela exigência, e; 3) que os Delegados da Receita Federal de Julgamento, na análise das impugnações relativas a processos que contivessem créditos constituídos com base naquele diploma, substituíssem a aplicação da lei declarada inconstitucional;*
- 6. O Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL é tributo sujeito ao lançamento por homologação, nos termos do parágrafo 4º do artigo 150 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional – CTN;*
- 7. A extinção do crédito tributário, nos casos de lançamento por homologação, quando não expressamente realizada, processa-se em 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador;*
- 8. O direito à restituição prescreve depois de decorridos 5 (cinco) anos da extinção do crédito tributário, segundo o CTN;*
- 9. A doutrina e o STF, por meio da súmula 360, considera imprescritível a arguição de inconstitucionalidade de lei, e, por consequência, também seria imprescritível a ação decorrente dos danos gerados pela lei inconstitucional;*
- 10. Está pacificado, por farta jurisprudência, reiterada e uniforme, o entendimento que o termo ‘a quo’ para a contagem do prazo de prescrição ou decadência na propositura de ações de repetição de indébito, somente começa a fluir da data da publicação da Resolução do Senado Federal que suspende os efeitos da lei declarada inconstitucional;*

11. É também manifesta a interpretação de que o prazo prescricional somente se inicia com a publicação de ato da autoridade administrativa, no caso em epígrafe, a Instrução Normativa n. 63, de 24 de julho de 1997;

12. Qualquer que seja a premissa adotada, a recorrente manifestou o exercício de seu direito à repetição do indébito antes da fluência do prazo decadencial ou prescricional.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

Fundamentação

Quanto à decadência, a questão se prende à definição do termo inicial de contagem do prazo decadencial do direito de se pleitear restituição de pagamentos a maior ou indevidamente de tributo, em decorrência de decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade da exação.

Essa matéria tem sido objeto de grande controvérsia neste Conselho de Contribuintes. Uns entendem que, neste caso, o termo inicial seria a data da publicação da Resolução nº 82, do Senado Federal; outros, que seria a data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997, e há aqueles que defendem que esse prazo deve começar da homologação tácita do lançamento e outros, ainda, que seria a data do pagamento do imposto.

Filio-me a esse último grupo. Entendo que o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de indébitos tributários é disciplinado no nosso ordenamento jurídico no Código Tributário Nacional - CTN. Vejamos o que dispõe os arts. 165, I e 168, I do CTN:

Art. 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 a 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 – das hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)

O dispositivo acima transcrito, portanto, é expresso quando define a data da extinção do crédito tributário, e não outra data qualquer, como termo inicial de contagem do prazo decadencial.

Não é demais acrescentar que, por força do art. 150, III, "b" da Constituição Federal, prescrição e decadência são matérias de lei complementar, e não se pode simplesmente desprezar o comando do Código Tributário Nacional, que como se sabe, tem status de Lei Complementar.

Argumentam os que sustentam a tese de que o termo inicial deva ser a data da publicação da Resolução do Senado Federal ou a da publicação da Instrução Normativa da SRF que os contribuintes só puderam exercer o direito de pleitear a restituição com a publicação de um ou do outro ato.

Esse argumento, entretanto, não sensibiliza. Primeiramente, porque não é verdade que só com a publicação desses atos puderam os contribuintes pleitear a restituição. Podiam fazê-lo antes. Não se confunda o direito de pleitear a restituição com a certeza do seu deferimento. Com a Resolução do Senado Federal e, posteriormente, com a Instrução Normativa nº 63 de 1997, o que mudou é que a Administração passou a reconhecer os direitos daqueles que pleitassem a restituição, deferindo os pedidos.

Isso, entretanto, nada tem a ver com o prazo decadencial. Nem a Resolução do Senado Federal nem, muito menos, o Ato Normativo da Secretaria da Receita Federal tem o condão de interromper o prazo decadencial.

Não se pode desprezar o fato de que a razão de existir nos diversos ordenamentos jurídicos o instituto da decadência não é outra senão o de evitar a persistência, de forma indefinida, de situações pendentes. É dizer, o instituto da decadência prestigia a segurança jurídica, fundamento do ordenamento jurídico. E é precisamente o princípio da segurança jurídica que é vulnerado quando de confere e esses atos o efeito de interromper a contagem do prazo decadencial do direito de pleitear restituição.

Em conclusão, entendo que o termo inicial de contagem do prazo decadencial do direito de os contribuintes pleitearem a restituição de indébitos tributários, em qualquer caso, é a data da extinção do crédito tributário que, no caso, se deu em diferentes datas, sendo a mais em 1991. Portanto, extinguiu-se o prazo desse último pagamento em 1996, muito antes da protocolização do pedido que se deu em 2001.

Concluo, assim, no mesmo sentido da decisão recorrida, indeferindo o pedido de restituição por ter sido este formulado quando já ultrapassado o prazo decadencial.

Avanço, entretanto, na discussão do mérito, ante a possibilidade de não ser vencedora nessa câmara a posição aqui defendida quanto à decadência.

Quanto ao mérito, há duas situações distintas a serem consideradas. É que embora o pedido de restituição tenha sido formulado pela ora recorrente, os pagamentos foram feitos por outras empresas das quais a Recorrente, é sucessora e entre aquelas há duas sociedades por quotas e uma sociedade anônima.

Quanto aos valores pagos pela AESA Amazonas S.A. a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF e a Resolução do Senado Federal não deixam dúvidas quanto à não incidência do imposto. Assim, confirmado o pagamento do ILL, é devida a restituição.

Quanto às sociedades por quota, cumpre tecer, inicialmente, algumas considerações sobre o alcance da decisão do STF. É que a decisão da Corte Máxima em relação a esse tipo de sociedade foi no sentido de que o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988 seria constitucional nos casos em que "*o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelo sócio, do lucro líquido apurado ao final do período-base*", expressão que foi reproduzida pela Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997. Eis o trecho da ementa da decisão do STF:

"...declarar a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio cotista", salvo no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deliberou dar provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal "a quo", a fim de que o decida, conforme o julgamento de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto."

No caso concreto, o Contrato Social de ambas as empresas Arteb Comercial e Exportadora Ltda. (fls. 207) e Indústrias Anvisa Ltda. (fls. 548) e assim dispõe:

Os lucros apurados no balanço a que se refere o item anterior terão o destino que for deliberado pelas sócias.

Os lucros serão partilhados às sócias na proporção de suas quotas no capital social; e os prejuízos acaso verificados serão transferidos para os exercícios subseqüentes, observadas as prescrições legais.

É relevante notar, contudo, que se trata neste caso de empresas controladas pela ora Recorrente, que detinha diretamente, quando da constituição da sociedade ARTEB COMERCIAL, 90% das quotas e, indiretamente, por meio da Artir S.A – Mercantil e Construtora os outros 10% e quando da cisão detinha, diretamente, 11.199.961 quotas de 11.200.000. Da mesma forma, com relação à INDÚSTRIAS ANVISA, a Recorrente detinha diretamente o 54.551.775 quotas, e por meio de empresa do mesmo grupo, ARTHUR EBERHARDT S/A as restantes 55.378.491 quotas.

Ora, em tal situação, a decisão quanto à destinação dos lucros tinha apenas uma única vontade, a da controladora, hipótese que equipara a situação fática da sociedade à da firma individual. É interessante reproduzir trecho da ementa do Acórdão do STF no RE-172058/SC que versa sobre a constitucionalidade da expressão titular de empresa individual.

IMPOSTO DE RENDA – RETENÇÃO NA FONTE – TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O art. 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, ficado 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 da manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização.

Ora, o paralelo que se tem com a situação fática deste caso é evidente. Embora se trate de sociedades por quotas, o controle último de todas as quotas é único e, portanto, a decisão quanto ao destino dos lucros apurados depende de vontade única.

Tanto isso é fato, que a própria decisão quanto à constituição das sociedades e, posteriormente, à incorporação dessas pela ora Recorrente, embora formalmente por pessoas distintas, tiveram a mesma e única fonte, como se por ver das assinaturas nos instrumentos de constituição e de incorporação (fls. 17, 46, 209, 550).

Ora, em tais circunstâncias, apesar de o Contrato Social das sociedades prever que a decisão quanto à destinação dos lucros é dos sócios, sendo esses controlados por uma fonte única e, portanto, sendo a decisão unilateral da controladora, resta caracterizada a disponibilidade jurídica dos lucros e, conseqüentemente, a aplicabilidade do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988 para esse caso concreto.

Vale ressaltar que é irrelevante a efetiva distribuição dos lucros, bastando para a incidência do imposto a disponibilidade, que pode ser econômica ou jurídica. A disponibilidade dos lucros não se dá, necessariamente, com a efetiva distribuição, bastando para tanto que os sócios possam dispor deles livremente. E é o que ocorria no caso. É dizer, podia as sócias, ao final do exercício social, sacar os lucros apurados, decisão que, vale repisar, dependia de uma única vontade.

Assim, quanto ao mérito, deve ser reconhecido o direito creditório apenas com relação ao ILL pago pela empresa AESA Amazonas S.A.

Conclusão

Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de negar provimento ao recurso considerando a decadência do direito de pleitear a restituição. Vencido quando à decadência, voto, quando ao mérito, para prover parcialmente o recurso e reconhecer o direito creditório em relação aos pagamentos feitos pela empresa AESA Amazonas S.A.

Sala das Sessões - DF, em 13 de junho de 2007


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Voto Vencedor

Conselheiro REMIS ALMEIDA ESTOL, Redator-designado

Em que pese o respeito e admiração que dedico ao ilustre relator, vou me permitir divergir de parte de suas conclusões quando do julgamento deste processo, mais precisamente em relação à decadência e na compensação/restituição do ILL de sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A questão preliminar consiste em saber se o recorrente exerceu a tempo seu direito de pedir a compensação/restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte (ILL) nos termos do art. 35, da Lei nº 7.713/88.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sustentou a tese de que o prazo se extingue em 5 anos a contar da data da extinção do crédito tributário e, como entre a data do pedido de restituição, em 05/10/2001, e a data do pagamento do tributo, ocorrida em 30/04/1990, já haviam transcorrido mais de 5 anos, caminhou pelo indeferimento do pleito.

Sustenta a recorrente que o marco inicial para a contagem do prazo, em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, seria a data da edição da Instrução Normativa nº 63/97. Já em relação a sociedade anônima, a contagem partiria na Resolução nº 82/96 do Senado Federal.

Quanto ao prazo decadencial ter início na data da publicação da IN SRF nº 63/97, isso não é possível, pois, mesmo se tratando de uma empresa por quotas de responsabilidade limitada, o voto do relator Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário nº 172.058, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que ensejou a edição da Resolução do Senado, já dispunha sobre as sociedades limitadas nas mesmas condições trazidas na referida Instrução Normativa (indisponibilidade imediata do lucro líquido aos sócios).

Desta forma, é de se concluir que os termos da Instrução Normativa nº 63/97, não passam de mero comando administrativo dirigido à própria administração, com o único propósito de instrumentalizar a conduta dos Auditores Fiscais que atuam em atividade vinculada, jamais se podendo estender seu alcance para marcar um novo marco inicial para contagem de decadência.

Não obstante, deixo consignado que as decisões do STF traduzidas no controle da constitucionalidade de leis somente se aplicam a todos os contribuintes se decididas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. É que neste caso, o controle concentrado, como o próprio nome diz, tem por objetivo evitar diversas decisões esparsas sobre uma mesma norma.

Mas, por outro lado, não se pode esquecer que nos casos de controle difuso, desde que haja superveniente Resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei



declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), a referida decisão passa a ter eficácia *erga omnes*.

É o que ocorreu no caso do art. 35, da Lei nº 7.713/88. Após o julgamento do STF, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo parcialmente a execução do dispositivo enfocado.

Portanto, o prazo decadencial para a restituição do ILL teve início na data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82/1996, em 19/11/1996, mesmo para as empresas constituídas sob a forma de sociedade limitada.

De resto, aplicada a regra geral de contagem dos prazos, onde é excluído o dia inicial para ser incluído o dia final, temos que a contagem do prazo decadencial se iniciou em 20/11/1996, findando em 19/11/2001 e, considerando que o requerimento foi apresentado em 11/10/2001, não há que se falar em decadência.

Afastada a decadência, resta examinar o mérito, a fim de saber se contribuinte faz jus ao pedido de restituição objeto do presente processo.

O art. 35 da Lei nº 7.713/88 determina que:

"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."

A Instrução Normativa n.º 63, de 24 de julho de 1997, por sua vez, versa:

"Art. 1.º Fica vedada a 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 n.º 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."

Portanto, quando não estiver previsto no contrato social da empresa que os lucros, ao final do período-base, terão distribuição automática, poderá o contribuinte pedir a restituição das parcelas pagas do imposto sobre o lucro líquido.

O próprio relator reconhece restar comprovado nos autos, cláusula contratual da Arteb Comercial e Exportadora Ltda. (fls. 207), bem como, da Indústrias Anvisa Ltda. (fls. 548), que determinam, que ao final de cada exercício, será levantado o balanço geral e os lucros apurados terão o destino que os sócios-cotistas deliberarem, conforme se observa na seguinte transcrição:



“Os lucros apurados no balanço a que se refere o item anterior terão o destino que for deliberado pelas sócias.

Ocorre que, mesmo diante dos fatos colocados, firmou o relator posição contrária, ou seja, de que a distribuição seria automática, isto com os seguintes fundamentos:

“Ora, o paralelo que se tem com a situação fática deste caso é evidente. Embora se trate de sociedade por quotas, o controle último de todas as quotas é único e, portanto, a decisão quanto ao destino dos lucros apurados depende de vontade única.

Tanto isso é fato, que a própria decisão quanto à constituição das sociedades e, posteriormente, à incorporação dessas pela ora Recorrente, embora formalmente por pessoas distintas, tiveram a mesma e única fonte, como se por ver das assinaturas nos instrumentos de constituição e de incorporação (fls. 17, 46, 209, 550).

Ora, em tais circunstâncias, apesar de o Contrato Social das sociedades prever que a decisão quanto à destinação dos lucros é dos sócios, sendo esses controlados por uma fonte única e, portanto, sendo a decisão unilateral da controladora, resta caracterizada a disponibilidade jurídica dos lucros e, conseqüentemente, a aplicabilidade do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988 para esse caso concreto.

Vale ressaltar que é irrelevante a efetiva distribuição dos lucros, bastando para a incidência do imposto a disponibilidade, que pode ser econômica ou jurídica. A disponibilidade dos lucros não se da, necessariamente, com a efetiva distribuição, bastando para tanto que os sócios possam dispor deles livremente. E é o que ocorria no caso. É dizer, podia as sócias, ao final do exercício social, sacar os lucros apurados, decisão que, vale repisar, dependia de uma única vontade.”

Com todo o respeito, não vejo como prosperar a construção formulada pelo ilustre relator quando concluiu pela existência de uma “única vontade” e, conseqüentemente, pela presumida distribuição automática dos lucros.

Minha posição em sentido oposto consiste em simplesmente respeitar os claros termos do Contrato Social das empresas no sentido de que o destino dos lucros depende de deliberação dos sócios e, portanto, não são automaticamente distribuídos.

Em segundo lugar, inexistente norma autorizando a ilação a que chegou o nobre relator, mormente no caso dos autos que em momento algum cogitou de hipóteses de fraude e/ou simulação.



Assim, com as presentes considerações e diante dos elementos de prova trazidos ao processo, encaminho meu voto no sentido de AFASTAR a decadência e, no mérito, DAR provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões - DF, em 13 de junho de 2007



REMIS ALMEIDA ESTOL