



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21
Recurso nº. : 134.421
Matéria : IRF/LL - ANO: 1990
Recorrente : CAFÉS AMAJÓ E TONINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ em CAMPINAS-SP
Sessão de : 30 DE JANEIRO DE 2004
Acórdão nº. : 102-46.263

ILL - RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

1) Ao analisar a constitucionalidade do chamado ILL (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 153, III, da CF/88 (artigo 43 do C.T.N., em âmbito infra-constitucional).

2) Diante deste julgamento, o Senado Federal expediu a Resolução nº 82, de 18/11/96, que determinou: *"É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão 'o acionista' nele contido"*.

3) A transcrita Resolução, em consonância com o entendimento do STF, apenas contemplou a figura dos "acionistas", ou seja, versou especificamente sobre as Sociedades Anônimas.

4) Por não terem sido expressamente contempladas na decisão do STF, nem na Resolução do Senado, as sociedades por quotas, a desconstituição da exigência do ILL somente veio a se concretizar com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97 (de 25/07/1997), o que permite a conclusão de que o prazo decadencial somente teria início desta data.

5) Diante disto, para as Sociedades Anônimas, o tributo já foi determinado inconstitucional, ao passo que concernente às Limitadas o ILL somente é inconstitucional se não houver a previsão em seu Contrato Social de distribuição imediata dos lucros, quando da apuração do resultado anual.

6) Nesta realidade, tem-se que o prazo decadencial para as Sociedades Anônimas requererem a devolução do tributo pago indevidamente somente se iniciara a partir da data da edição da referida resolução, prolongando-se por cinco anos, nos exatos termos do art. 168, caput do CTN.



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

7) Por outro lado, em se tratando de Sociedades Limitadas, a desconstituição da exigência do Imposto sobre o Lucro Líquido somente veio a se concretizar com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97, publicada em **25/07/1997**, o que permite a conclusão de que o prazo decadencial somente teria início a partir de sua edição.

8) Os documentos societários acostados demonstram que, quando do recolhimento do ILL, a Recorrente reunia elementos que permitem enquadrar-se integralmente à hipótese prevista pelo STF, e pelo Senado Federal.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CAFÉS AMAJÓ E TONINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a ocorrência da decadência e determinar a remessa dos autos à unidade de origem para apreciação do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ
RELATOR

FORMALIZADO EM:

03 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE CARVALHO, EZIO GIOBATTI BERNARDINIS, e MARIA GORETTI DE BULHÕES CARVALHO. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JOSÉ OLESKOVICZ.



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

Recurso nº. : 134.421

Recorrente : CAFÉS AMAJÓ E TONINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

CAFÉS AMAJÓ E TONINHO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, contribuinte devidamente inscrito no CNPJ sob o nº 49.914.674, apresentou em **30/03/2000**, pedido de restituição de tributos pagos indevidamente, no valor de R\$ 13.944,84 (treze mil e novecentos e quarenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), tendo em vista o recolhimento de Imposto sobre o Lucro Líquido, na forma em que determinada pela Lei nº 7.713-88, conforme termo de fls. 01.

Anexo ao pedido de restituição, e como forma de instruir o mesmo, foram anexados os documentos de fls. 02-09, correspondente a declaração de Imposto de Renda do ano exercício de 1991 e ano base 1990, bem como DARF.

Demonstrando o total apurado como crédito recolhido indevidamente, a Recorrente instruiu o processo com o documento de fls. 10, correlativo a planilha de valores apurados.

Como fundamento para referida restituição, a Recorrente anexou suas razões de fls. 11-14, bem como a autorização assinada pelos sócios quotistas da empresa para realizar o referido pedido, conforme documento de fls. 15-16.

Às fls. 17-21 foi anexado a última alteração contratual da sociedade no qual demonstra a titularidade das cotas, bem como cartão CNPJ (fls. 22).

Às fls. 23 foi o pedido de compensação totalizando no valor de R\$ 14.046,29 (quatorze mil e quarenta e seis reais e vinte e nove centavos).



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

Instruído o processo com os documentos de fls. 25/26, foi o processo encaminhado ao setor competente para julgamento, conforme despacho de fls. 27, no qual se especifica tratar-se de pedido de restituição de ILL, e aponta a existência de pedido de compensação cujos débitos foram cadastrados conforme extrato de fls. 26.

Analisando o feito, a Delegacia da Receita Federal em Campinas julgou improcedente o pedido formulando decisão de fls. 28, cuja ementa encontra-se redigida na seguinte forma.

“DECADÊNCIA DA REPETIÇÃO DO INDEBITO. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art. 168, I do CTN).

PEDIDO INDEFERIDO.”

Intimado por meio do ofício de fls. 29/30 em 26/03/2001 (AR de fls. 31), a Recorrente apresentou Impugnação (fls. 32/45), manifestando sua irresignação ao fundamentando de que o Ato Declaratório SRF 96/99 trouxe à balia nova interpretação em relação ao termo inicial da decadência em se tratando de repetição do indébito, quando exteriorizado por uma situação jurídica vinculada às decisões do Poder Judiciário, tendo em vista o entendimento externado no Parecer Cosit 58/98.

Mediante despacho de fls. 46, foi encaminhado o feito para apreciação da Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Campinas/SP, que proferiu o acórdão de fls. 47/52, indeferindo o pedido de restituição, cuja ementa encontra-se assim redigida:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições.

Exercício: 1991



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

Processo nº : 13840.000096/00-21

Acórdão nº : 102-46.263

Ementa: Extingue-se em cinco anos, contados da data do recolhimento, o prazo para pedido de restituição de imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (ILL).

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.”

Depois de juntada do documento de extrato do processo de fls. 53, foi formulado ofício de intimação a Recorrente de fls. 54/55, dando-lhe ciência da decisão proferida.

Intimado em 31/08/2001 (AR de fls. 56), a Recorrente aviou Recurso Voluntário de fls. 57/70, em 14/09/2001, renovando seus argumentos no sentido de ser inconsistente a fundamentação constante do acórdão acima mencionado.

Anexo ao mencionado recurso, a Recorrente juntou os documentos de fls. 71/78, consistente em jurisprudência deste Conselho de Contribuinte corroborada do entendimento firmado na peça recursal.

Às fls. 79/82 a Recorrente formulou petição informando que os débitos confessados no pedido de compensação originário do Processo Administrativo nº 13840.000096/00-21 estavam sendo exigidos pela Receita Federal, através do comunicado de nº 000375288, apesar de inexistir decisão administrativa transitada em julgado que permitisse impor ao contribuinte a obrigatoriedade do cumprimento da mencionada exigência, requerendo ao fim o imediato envio do mencionado processo a este Conselho de Contribuinte, bem como a suspensão/cancelamento da cobrança contida no comunicado já citado.

Como forma de comprovar suas alegações, a Recorrente anexou o documento de fls. 83, consistente no comunicado de nº 000375288.

Instruído o feito com os documentos de fls.84/85, foi formulado o despacho de fls. 86, determinando o encaminhamento dos autos a este Conselho de Contribuintes.



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

Às fls. 87 foi formulado despacho de desentranhamento de documentos, atestando a retirada dos pedidos de compensação originais, substituindo-os por cópias, para formação e protocolo de processo de representação para encaminhamento à Procuradoria da Fazenda Nacional ali relacionados, tendo em vista Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão DRJ/CPS/000676 de 22 de maio de 2001.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by several loops and a final vertical stroke.



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

V O T O

Conselheiro GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ, Relator

O recurso preenche as formalidades legais, razão por que dele conheço.

Como relatado alhures, trata-se de questão por demais conhecida deste Conselho, qual seja, pedido de restituição do ILL, cujo recolhimento teria sido efetivado pela Recorrente indevidamente haja vista sua inconstitucionalidade pelo STF.

Pois bem, ao analisar a constitucionalidade de tal figura tributária (Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC - D.J. 13/10/95. Min. Rel. Marco Aurélio), o Plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, uma vez determinar este dispositivo a incidência do Imposto sobre a Renda sem que haja a imprescindível disponibilidade econômica e jurídica reclamada pelo artigo 43 do C.T.N. e albergada pelo inciso III do artigo 153 da *Charta* de 1988.

Instado a se manifestar, através da efetivação do controle difuso de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal se posicionou acerca da matéria, sustentando a inconstitucionalidade da Lei nº 7.713/88, em seu artigo 35, ante a flagrante violação aos textos Constitucionais e Infraconstitucionais vigentes.

Eis a manifestação, de forma resumida do STF:

“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 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.



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE -. No embate diário Estado/contribuente, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantidas constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente à 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 - 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 à pertinência do princípio da despersonalização.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA - A observância da jurisprudência

8



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

Processo nº. : 13840.000096/00-21

Acórdão nº. : 102-46.263

sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à 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, às soluções que, embora práticas, resultem no desprezo à organicidade do Direito.”

(RE 172.058-1-SC- Rel. Min. Marco Aurélio – J. 30.06.95 – Recte.: União Federal; Recda.: Laminados Araucaria Ltda. – DJU 1 13.10.95, p. 34.282 – ementa oficial).

O Senado Federal editou, então, a Resolução nº 82/96, conferindo efeitos *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, extirpando definitivamente do ordenamento jurídico pátrio a cobrança do ILL, na forma como intentada. Eis o texto da mencionada resolução:

“RESOLUÇÃO Nº 82, DE 1996

Suspende, em parte, a execução da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão “o acionista” contida no seu art. 35.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a 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.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996.”

9



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

Processo nº : 13840.000096/00-21

Acórdão nº : 102-46.263

Nesta realidade, tem-se que o prazo decadencial para requerer a devolução do tributo pago indevidamente, quando se tratar de sociedade anônima, somente se iniciara a partir da data da edição da referida resolução, prolongando-se por cinco anos, nos exatos termos do art. 168, *caput* do CTN.

Lado outro, deve-se verificar que no caso do presente feito, por se tratar de sociedade por quotas, a desconstituição da exigência do Imposto sobre o Lucro Líquido somente veio a se concretizar com o advento da Instrução Normativa SRF nº 63/97, publicada em **25/07/1997**, o que permite a conclusão de que o prazo decadencial somente teria início a partir de sua edição. Confira-se o texto da referida Instrução Normativa SRF:

“O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, e em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 7 de abril de 1997, resolve:

Art. 1º 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 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.

Art. 2º Ficam os Delegados e Inspetores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que trata o artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito da Fazenda Nacional.

Art. 3º Caso os créditos de natureza tributária, oriundos de lançamentos efetuados em desacordo com o disposto no art. 1º, estejam pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.



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

Processo nº : 13840.000096/00-21

Acórdão nº : 102-46.263

Art. 4º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica às empresas individuais.

Art. 5º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revoga-se as disposições em contrário.” (grifos nossos).

Diante disto, e considerando-se (i) ser o termo *a quo* do prazo decadencial a data de **25/07/1997** (Instrução Normativa SRF nº 63/97), e (ii) ter sido o pedido de restituição protocolizado em **30/03/2000**, conclui-se que pela inexistência da decadência, que somente ser consumiria em **junho de 2002**.

Este também o entendimento já manifestado nesse Egrégio Conselho de Contribuintes:

“DECADÊNCIA - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - TERMO INICIAL NO CASO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - 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. Tratando-se do ILL de sociedade por cotas, não alcançada pela Resolução n 82/96, do Senado Federal, o reconhecimento deu-se com a edição da Instrução Normativa SRF n 63, publicada no DOU de 25/07/97.

Recurso provido.” (Recurso nº 128029, Número do Processo 10283.013255/99-06, Oitava Câmara, Acórdão nº 108-06851, Data da Sessão 21/02/2002)

“Ementa: DECADÊNCIA - RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - TERMO INICIAL NO CASO DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - 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. Tratando-se do ILL de sociedade por cotas, não alcançada pela Resolução n 82/96, do Senado Federal, o reconhecimento deu-se com a edição da Instrução Normativa SRF n 63, publicada no DOU de 25/07/97.



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

Processo nº : 13840.000096/00-21
Acórdão nº : 102-46.263

Recurso provido.” (Recurso nº 128.398, Número do Processo 13840.000235/00-25, Oitava Câmara, Acórdão nº 108.06846, Data da Sessão 20/02/2002)

Deste modo, resta perfeitamente caracterizado que as sociedades por quotas, quando o contrato social não estabelece condições para imediata distribuição dos lucros auferidos, o direito de repetir os valores pagos indevidamente.

Pois bem, verifica-se dos autos que o pedido de restituição da Recorrente se refere ao ano base de 1990, exercício 1991, conforme documentos de fls. 01/10.

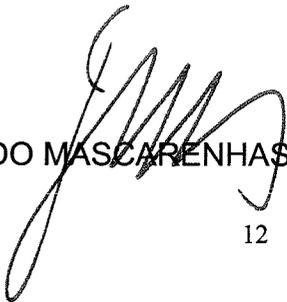
No entanto, o contrato social anexado aos autos refere-se a alteração contratual datada de 31/10/1994, conforme documento de fls. 17/21, ou seja, período após a ocorrência do fato gerador do pedido de restituição.

Neste sentido, não é possível apurar, no caso concreto, a sistemática de distribuição de lucro adotada pela sociedade à época do recolhimento do imposto cuja restituição agora se pretende.

Assim sendo, e pelas razões *supra* elencadas, afasto a decadência, e determino o retorno dos autos para a Unidade de Origem, para que, uma vez acostado pelo Recorrente (para tanto devidamente intimado) o documento societário comprobatório da sistemática de distribuição de lucro vigente à época do recolhimento do imposto, aprecie o mérito.

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 30 de janeiro de 2004.


GERALDO MASCARENHAS LOPES CANÇADO DINIZ