



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Recurso nº. : 135.732
Matéria : IRFONTE – Ano(s): 1990
Recorrente : MECÂNICA SETE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida : DRJ-SÃO PAULO/SP I
Sessão de : 18 de março de 2004
Acórdão nº. : 104-19.883

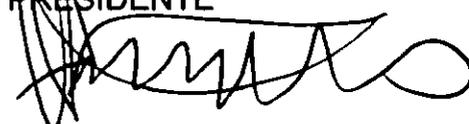
ILULI – RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA - O prazo quinquenal à repetição de indébito tributário, relativo ao imposto instituído pelo art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, é contado da data de publicação de ato que reconhece "erga omnes" indevida a exação tributária, independentemente da data em que esta tenha ocorrido.

RESTITUIÇÃO - SOCIEDADES LIMITADAS - A IN SRF nº 63, de 1997 reconhecendo, erga omnes, também para as sociedades limitadas, da não incidência do tributo a que se reporta o art. 35, da Lei nº 7.713, de 1988, sua restituição, no caso dessas sociedades, somente é admissível quando o contrato social não configurar a hipótese de incidência prevista no art. 43 do CTN – aquisição de disponibilidade.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MECÂNICA SETE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

ROBERTO WILLIAM GONÇALVES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 27 MAI 2004



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros NELSON MALLMANN, JOSÉ PEREIRA DO NASCIMENTO, MEIGAN SACK RODRIGUES, ALBERTO ZOUVI (Suplente convocado), OSCAR LUIZ MENDONÇA DE AGUIAR e REMIS ALMEIDA ESTOL.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'R. Almeida Estol', written over the end of the text.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883
Recurso nº. : 135.732
Recorrente : MECÂNICA SETE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

Inconformado com a decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, que considerou improcedente seu pleito de fls. 01, o contribuinte em epígrafe, nos autos identificado, recorre a este Colegiado.

Trata-se de restituição do tributo a que se reporta o art. 35 da Lei nº 7.713/88, relativamente ao período de apuração de 1989, recolhido em 30.04.90, conforme documentos de fls. 40. A proposição se ampara na Resolução do Senado Federal de nº 82, de 18.11.96, a qual, a entendimento do contribuinte, produziu efeitos "erga omnes" à inconstitucionalidade, no ponto, do disposto no art. 35 da Lei nº 7.713/88.

Tanto a autoridade administrativa quanto a decisão recorrida, ambas denegaram o pleito sob o argumento da decadência do direito à restituição, dado que o prazo quinquenal é contado da data da extinção do crédito tributário, de 30.04.90, e protocolada a proposição em 26.04.2000.

Na fase recursal, quanto ao prazo prescricional da repetição de indébitos em situações em que a inexigibilidade de tributo é reconhecida "erga omnes", o sujeito passivo se ancora nos incisos 25 e 26 do Parecer COSIT Nº 58/98 e nos Acórdãos nº 108-05.791/99, 107-05.962/00, 104-17.552/00106-11569/00 e 106-11394, todos deste Primeiro Conselho de Contribuintes, dentre outras decisões judiciais, cujas ementas são reproduzidas nos autos.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883

VOTO

Conselheiro ROBERTO WILLIAM GONÇALVES, Relator

O recurso atende às condições de sua admissibilidade. Dele, portanto, conheço.

Em preliminar, inequivocamente equivocado o entendimento recorrido. Porquanto, até manifestação judicial, legal ou administrativa que reconheça da inexigibilidade de determinado tributo, este é devido. Entretanto, formalizada "erga omnes" da inexigibilidade da exação, eventual direito à restituição só nasce e somente pode nascer a partir deste fato novo. Mesmo porque inexistindo a exação não há qualquer sustentação lógica à menção de *extinção de crédito tributário*, como fundamento à negativa da legitimidade de uma proposição. Como no presente caso.

Daí a razão porque não só este Primeiro Conselho de Contribuintes, como a Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, ambos têm reconhecido que, em casos que tais, o prazo a que se reporta o art. 168 do CTN necessariamente deve ser contado apenas da data em que ato judicial, legal ou administrativo reconheça, "erga omnes", da inexigibilidade do tributo. Prescrição, aliás do mesmo art. 168, II.

Ressalte-se, por oportuno, que eventual decisão do STF em sede de Recurso Extraordinário se processa no âmbito da exceção (CF/88, art. 102, III, a). Surte feitos "incidenter tantum", fulminando, apenas, a relação jurídica "sub judice". Apenas quando se manifesta em ADIn (CF/88, art. 103), pela natureza mesma da causa, o



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883

"*decisium*" assume abrangência "erga omnes". Fora deste contexto, somente ato legislativo, ou da própria administração pública poderá formalizar o reconhecimento público da inexistência de relação jurídico-tributária em determinada questão.

Ora, no caso em tela a Resolução do Senado Federal nº 82, de 18.11.96, que formalizou "erga omnes" os efeitos do "*decisium*" no RE STF 181450/PR, foi inicialmente publicada no DOU de 19.11.96. Ocorre que a Resolução do Senado Federal estende "erga omnes" os efeitos da decisão do STF, de inconstitucionalidades do art. 35 da Lei nº 7.713/88, apenas no que se relaciona à inconstitucionalidade formal. Especificamente, no que diz respeito a sociedades por ações, "verbis":

"O Senado Federal resolve:

Art. 1º.- É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contido."

Somente com a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24.07.97 (DOU de 25.07.97), a administração tributária acolheu, como efeito "erga omnes" para as demais pessoas jurídicas, também a inconstitucionalidade material do art. 35. Assim, em seu art. 1º, após ratificar, administrativamente, a Resolução do Senado acerca da inconstitucionalidade formal (sociedades por ações), explicitou em seu § único, "verbis":

"§ único.- O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos caso 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."

Por oportuno o mesmo ato normativo autorizou, de ofício, a revisão dos lançamentos sobre a matéria (art. 2º), bem como dos efeitos da subtração da lei declarada inconstitucional (art. 3º).



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883

A protocolização do pleito ocorreu em 21.11.2001, fls. 01. Portanto, não há sustentação à pretensa decadência do direito de pleitear.

Superada a preliminar decadencial, a questão, no mérito, é da adequação do pleito ao exato alcance do RE nº 181450/PR do STF. Ora, no caso de sociedade por cota de responsabilidade limitada, o "decisium" em questão, fundamento "ex nunc" da inexigibilidade do tributo reportado pelo art. 35 da Lei nº 7.713/88, deixa explícito, "verbis":

"Todavia, no concernente ao sócio-quotista e ao titular da empresa individual, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é, em abstrato, inconstitucional (constitucionalidade formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)."

Mais explicitamente, conforme RE nº 172.058-1/SC, do mesmo STF (DJU de 13.10.95):

"IMPOSTO DE RENDA- RETENÇÃO NA FONTE – SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no art. 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 art. 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária."

Ora, a recorrente é sociedade por cotas de responsabilidade limitada, conforme contrato social e alterações posteriores, fls. 11/23. De acordo com sua Cláusula 10ª, não reformulada pelas alterações contratuais posteriores, fls. 17:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 13840.000130/00-67
Acórdão nº. : 104-19.883

"Depois de feitas as convenientes reservas e provisões, o lucro líquido terá a destinação que for deliberada pelo sócios cotistas que representem a maioria absoluta do capital social."

Isto é, o contrato social não prevê o imediato rateio de lucros/prejuízos que viessem a ser apurados. Portanto, não configurada a hipótese de incidência prevista no art. 43 do CTN – aquisição de disponibilidade.

No rastro dessas considerações, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 18 de março de 2004

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Roberto William Gonçalves', written over a faint, illegible stamp or background.

ROBERTO WILLIAM GONÇALVES