MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13886.000865/20001-99
Recurso nº : 149.155
Matéria : IRF/ILL - ANO: 1989
Recorrente : INDÚSTRIA TEXTIL JOSÉ DAHRUJ LTDA
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-RIBERÃO PRETO/SP
Sessão de : 26 de maio de 2006
Acórdão nº : 102-47.616

ILL - SOCIEDADE LIMITADA - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS - DECADÊNCIA - O marco inicial do prazo decadencial de cinco anos para os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o lucro líquido, pago por sociedades limitadas, se dá em 25.07.1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997.

Decadência afastada.
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDÚSTRIA TEXTIL JOSÉ DAHRUJ LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso, para AFASTAR a decadência e determinar o retorno dos autos à 1ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP, para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Antônio José Praga de Souza que julga decadente o direito de repetir.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 2.2 JUN 2006

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

Processo nº : 13886.000865/20001-99
Acórdão nº : 102-47.616

Recurso nº : 149.155
Recorrente : INDÚSTRIA TEXTIL JOSÉ DAHRUJ LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto por INDUSTRIA TEXTIL JOSÉ DAHRUJ LTDA, devidamente qualificada nos autos contra o acórdão de fls. 193 e seguintes da 1ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP, com a seguinte ementa:

> Assunto: Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL
> Exercício: 1990.
> Ementa: RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO.
> O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição ou compensação de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.
> Solicitação Indeferida.

Notificada da decisão em 30-05-05, em 28-06-05 a recorrente ingressou com recurso alicerçado em jurisprudência do STJ e das câmaras do 1º Conselho de Contribuintes destacando que o marco inicial do prazo prescricional deve ser a Instrução Normativa de nº 63/97, que dispõe especificamente sobre a cobrança ILL nas sociedades limitadas, e foi publicada em 25.10.1997, com efeitos *erga omnes*.

É o Relatório.

VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Ao julgar o Recurso Extraordinário nº R.E. nº 172.058/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que tinha por objeto a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, que determinava que o sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficava sujeito ao Imposto sobre a Renda na Fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base, o STF decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República.
>
> TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE. No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não excluí o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" - alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988.
>
> IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação

do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 e inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA. A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgara a causa aplicando o direito a espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele insertas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, as soluções que, embora práticas, resultem no desprezo a organicidade do Direito. (j. 30/06/1995. DJ 13-10-1995).

Após o julgamento acima referido, o Senado Federal, nos termos do artigo 52, X, da CF, editou a Resolução nº 82, de 18/11/1996, publicada em 19/11/1996, *verbis*:

"Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão 'o acionista' nele contida.
Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996."

O texto da Lei nº 7.713/1988, excluído do ordenamento jurídico, em face da Resolução do Senado, possuía a seguinte redação:

> *"Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base."*

Por sua vez, em se tratando de quotas de responsabilidade limitada, a Secretaria da Receita Federal, *com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997",* editou a Instrução Normativa SRF, n.º 63, de 24 de julho de 1997 (D.O.U. de 25/07/1997), *verbis:*

> *"Art. 1º Fica vedada à constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao Imposto de Renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei 7.713, de 2 de dezembro de 1988, em relação às sociedades por ações.*
>
> *Parágrafo único – O disposto neste artigo se aplica às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado."*

Em se tratando de tributos cuja obrigatoriedade é compulsória, deve se ter presente que mesmo diante das hipóteses de exigência com base em norma que afronta a Constituição, estes são devidos até que se verifique uma das seguintes condições:

a) Decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo;

b) Resolução do Senado Federal editada nos termos do artigo 52, X, da CF, suspendendo a execução, no todo ou em parte, da norma que, em controle difuso de constitucionalidade, for declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal e

c) publicação pela Administração Pública de ato através do qual ela passa a reconhecer a que o tributo é indevido.

O prazo de que trata o artigo 168 do CTN que assegura o período de tempo de cinco anos para o contribuinte pedir a restituição começa a fluir a partir de um dos eventos referidos no parágrafo anterior. Assim, em se tratando de Sociedade Anônimas, tem-se como marco inicial o dia 20-11-1996 com término em 19-11-2001. Para as sociedades por quotas o prazo inicial começa no dia 26-07-97, que corresponde ao dia seguinte da publicação no Diário Oficial da Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997, da Secretaria da Receita Federal, findando o citado prazo em 25-07-2002.

No caso dos autos estamos diante de sociedade limitada cujo capital social está distribuído entre os sócios quotistas, razão pela qual é tempestivo o pedido de restituição protocolado em 14/11/2001.

Afastada a decadência, a matéria deve retornar à DRJ de origem para apreciar o mérito levando em consideração os contratos sociais vigentes na época dos possíveis fatos geradores, no caso 31-12-89 e 31-12-90, pois no caso das sociedades constituídas por quotas de capital social, o Imposto Sobre o Lucro Líquido, na esteira da decisão do STF, é inconstitucional se não houver previsão no contrato social de **disponibilidade imediata ou distribuição automática** dos lucros, quando da apuração do resultado anual.

Pelo exposto, voto no sentido de **DAR provimento** ao recurso voluntário para afastar **a decadência** do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos à DRJ competente para que aprecie o mérito da matéria.

Sala das Sessões - DF, em 26 de maio de 2006.

MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA
RELATOR