



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

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Recurso nº : 151.081
Matéria : ILL - Ano (s): 1989 e 1992
Recorrente : MAR-GERIUS CONTINENTAL INDUSTRIAL DE CONTROLES ELÉTRICOS LTDA.
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP
Sessão de : 27 de julho de 2006
Acórdão nº : 102-47.777

ILL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SOCIEDADE LIMITADA - É de cinco anos o prazo para repetição do indébito, contados da edição de ato normativo que reconheceu a ilegalidade da exigência, qual seja, a Instrução Normativa SRF nº 63 de 1997 (Acórdão CSRF/01-03.854).

Decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por MAR-GERIUS CONTINENTAL INDUSTRIAL DE CONTROLES ELÉTRICOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência, e determinar o retorno dos autos à 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP para o enfrentamento do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
PRESIDENTE

MOÍSES GIACOMELLI NUNES DA SILVA
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 NOV 2006

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

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Acórdão nº : 102-47.777
Recurso nº : 151.081
Recorrente : MAR-GERIUS CONTINENTAL INDUSTRIAL DE CONTROLES ELÉTRICOS LTDA

RELATÓRIO

Em 21 de novembro de 2001 a contribuinte antes nominada ingressou com pedido de restituição de valores pagos de imposto de renda sobre o lucro líquido nos anos de 1990 a 1993, pleiteando a restituição dos valores referente ao imposto sobre o Lucro Líquido – ILL recolhidos por exigência do art. 35 da Lei nº 7.713/88 que foi declarado inconstitucional.

O pedido foi instruído com cópia autenticada dos DARF's de fls. 06/21 e com as alterações contratuais de fls. 28 a 34.

A Delegacia da Receita Federal em Limeira, SP, por meio do despacho decisório de fls. 81/83, indeferiu a solicitação da contribuinte considerando ter decaído o direito de pleitear a restituição.

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 85/93, sendo que 3ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP, não acolheu a inconformidade (fls. 100/103), indeferindo o pedido de restituição por considerar decaído o direito à restituição em face do transcurso de mais de cinco anos entre os recolhimentos e a protocolização do pedido de restituição.

Intimada em 31-01-2006, a recorrente apresentou o recurso em 01-03-2006 (fls. 106 a 116), sustentando que na data de 21/11/2001 ainda não havia decaído o direito da contribuinte de requerer a restituição ou a compensação.

É o relatório.

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Acórdão nº : 102-47.777

VOTO

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais 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 exclui 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

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Acórdão nº : 102-47.777

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 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 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.

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Acórdão nº : 102-47.777

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.

Processo nº : 13891.000328/2001-89
Acórdão nº : 102-47.777

No caso de norma declarada inconstitucional, 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, é tempestivo o pedido de restituição protocolado em 21 de novembro de 2001.

Afastada a decadência, a matéria deve retornar a DRJ de origem para apreciar o mérito, levando em consideração os contratos sociais vigentes na época dos fatos geradores, 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 AFASTAR a decadência do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos a 3ª. Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP para o enfrentamento do mérito.

Sala das Sessões - DF, em 27 de julho de 2006.


MOISES GIACOMELLI NUNES DA SILVA