



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

Processo nº 10120.001370/99-10
Recurso nº 141.225 Embargos
Matéria IRF - Ano(s): 1990
Acórdão nº 106-16.939
Sessão de 30 de maio de 2008
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado SANTA MARTA DISTRIBUIDORA DE DROGAS LTDA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1991

ILL - TERMO *A QUO* PARA CONTAGEM DO PRAZO QUINQUÊNAL DA DECADÊNCIA - SOCIEDADE LIMITADA - DATA DA PUBLICAÇÃO DO ATO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA QUE RECONHECE A VIOLAÇÃO DO DIREITO - Conta-se a partir da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996, no caso de sociedades por ações, ou de 25 de julho de 1997, data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63/1997, no caso de sociedade de cotas por responsabilidade limitada, o termo *a quo* do prazo decadencial do direito de restituição do ILL pago indevidamente.

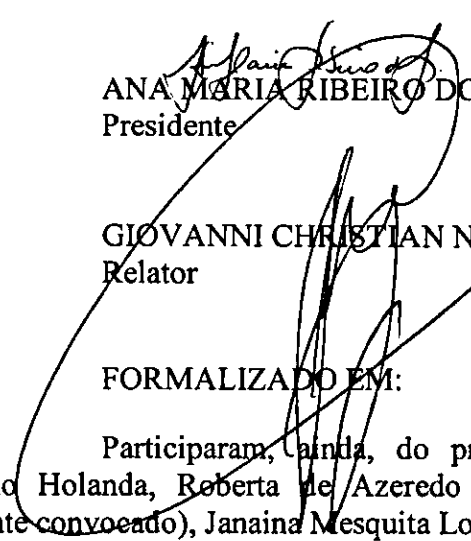
EMPRESA LIMITADA - CONTRATO SOCIAL - DESTINAÇÃO IMEDIATA DOS LUCROS SOCIAIS - INOCORRÊNCIA - DESCABIMENTO DA INCIDÊNCIA DO ILL - Não havendo destinação específica do lucro apurado no contrato social, qual seja, a partilha entre os sócios ao final do exercício, não existe a disponibilidade jurídica da renda, conquanto aos sócios não era lícito exigir da sociedade a distribuição imediata do lucro apurado. Ademais, havendo necessidade de deliberação social para a efetivação da distribuição do lucro, não há que se falar em disponibilidade jurídica ou econômica dos resultados do exercício, o que obsta a incidência do ILL.

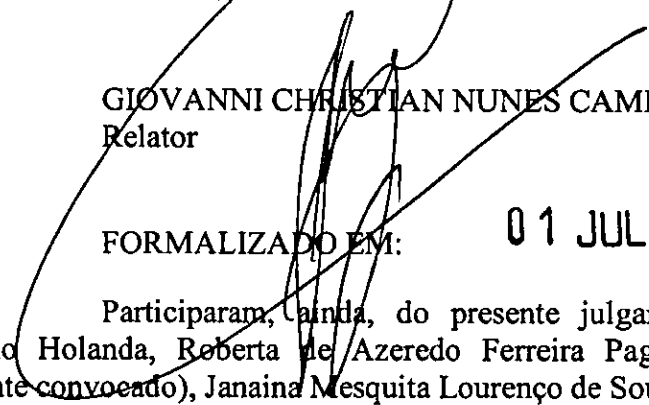
CORREÇÃO MONETÁRIA DO INDÉBITO - Cabível apenas a aplicação dos índices admitidos pela Administração Tributária na correção monetária dos indébitos, na forma da Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27 de junho de 1997.

Embargos acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos de declaração interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, ACOLHER os embargos de declaração para RERRATIFICAR o Acórdão nº 106-16.584, de 7/11/2007, para sanar a omissão, com alteração do resultado, para, por maioria de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir do recorrente, vencidas as Conselheiras Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga (suplente convocada) e Ana Maria Ribeiro dos Reis, que não afastaram a decadência e, no mérito, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer o direito à restituição do ILL com a correção de acordo com a NE Conjunta Cosit/Cosar/nº 8, de 1997, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Presidente


GIOVANNI CHRISTIAN NUNES CAMPOS
Relator

FORMALIZADO EM:

01 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Ana Neyle Olímpio Holanda, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, Luciano Inocência dos Santos (suplente convocado), Janaina Mesquita Lourenço de Souza e Gonçalo Bonet Allage.

Relatório

Em sessão plenária de 07 de novembro de 2007, esta Sexta Câmara do Primeiro Conselho, retomando julgamento então interrompido pela Resolução nº 106-01.311 (fls. 121), que convertera pretérito julgamento do recurso em diligência, concluiu o julgamento do recurso voluntário nº 141.225, prolatando decisão consubstanciada no Acórdão nº 106-16.584, que restou assim ementado:

ILL – TERMO A QUO PARA CONTAGEM DO PRAZO QÜINQUÊNAL DA DECADÊNCIA – Conta-se a partir da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18 de novembro de 1996.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ILL – EMPRESA LIMITADA – Não havendo destinação específica do lucro apurado, qual seja, a partilha entre os sócios ao final do exercício, não existe a disponibilidade jurídica da renda, conquanto aos sócios não era lícito exigir da sociedade a distribuição imediata do lucro apurado. Entretanto, havendo distribuição dos lucros no período pretérito à data do pedido de restituição, é devido o ILL.

NÃO DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS – COMPROVAÇÃO A PARTIR DE DIRPJ/DIPJ - Ausentes os livros contábeis do período em debate, as DIRPJ/DIPJ são meios hábeis a comprovar a ausência de distribuição dos lucros no período pretérito à data do pedido de restituição. Não havendo a distribuição de lucros, torna-se inconstitucional o ILL.

CORREÇÃO MONETÁRIA DO INDEBITO - Cabível apenas a aplicação dos índices admitidos pela Administração Tributária na correção monetária dos débitos, na forma da Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27 de junho de 1997.

A decisão foi assim resumida: “ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reconhecer o direito do recorrente à restituição do imposto corrigido de acordo com a NE/Cosit/Cosar/Nº 8, de 27/6/1997, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda votou pelas conclusões de votos”.

Ciente do julgado acima em 04/03/2008, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração (fls. 194 a 196).

Em apertada síntese, o embargante informa que a decisão guerreada foi omissa, pois não decidiu novamente todas as questões preliminares ou prejudiciais, após a realização da diligência. Alega a embargante que o Acórdão nº 106-16.584 não apreciou a decadência e a cláusula contratual de distribuição de lucros, sob argumento de que era matéria preclusa, com ofensa ao art. 52, §4º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Distribuído o processo a este Conselheiro, veio numerado até às folhas 197 (última).

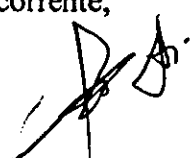
Era o que tinha para relatar.

Voto

Conselheiro Giovanni Christian Nunes Campos, Relator

Primeiramente, declara-se a tempestividade do apelo, já que o contribuinte foi intimado da decisão embargada em 04/03/2008 (fls. 191) e opôs os aclaratórios em 04/03/2008 (fls. 194), dentro do quinquídio legal. Dessa forma, atendidos os demais requisitos legais, dele tomo conhecimento.

Na forma do art. 57 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuinte, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara, podendo ser opostos por Conselheiro da Câmara, pelo Procurador da Fazenda Nacional, por Presidente da Turma de Julgamento de primeira instância, pelo titular da unidade da administração tributária encarregada da execução do acórdão ou pelo recorrente,



mediante petição fundamentada, dirigida ao Presidente da Câmara, no prazo de cinco dias contados da ciência do acórdão.

No caso vertente, os embargos foram opostos, tempestivamente, pelo Procurador da Fazenda Nacional. Alega, o embargante, que o Acórdão nº 106-16.584 não apreciou a decadência e a cláusula contratual de distribuição de lucros, sob argumento de que era matéria preclusa, com ofensa ao art. 52, § 4º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Transcrevemos a dicção do art. 52, § 4º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuinte:

Art. 52. A decisão, em forma de acórdão ou resolução, será assinada pelo relator e pelo Presidente, e dela constará o nome dos conselheiros presentes e os ausentes, especificando-se, se houver, os conselheiros vencidos e a matéria em que o foram, e os impedidos.

§ 1º a § 3º Omissis;

§ 4º No caso de resolução, as questões preliminares ou prejudiciais decididas serão novamente votadas quando do julgamento do recurso, após a realização da diligência.

Se o regimento acima transcrito obriga que no caso de resolução, as questões preliminares e prejudiciais decididas sejam novamente votadas quando da apreciação do recurso, após a diligência, com muito mais razão, devem ser apreciadas as prefaciais de mérito e o próprio mérito. No ponto, com razão o Procurador da Fazenda Nacional, pois a decisão embargada não enfrentou a questão da decadência e não analisou a cláusula de distribuição de lucro, sob a errônea premissa de que se tratava de matéria preclusa.

Sendo cabíveis os embargos de declaração, conheço-os, e passo apreciar as omissões apontadas.

Primeiramente, mister apreciar a prefacial de mérito no tocante à decadência.

A questão do termo de início do prazo decadencial da restituição de tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, quer em controle concentrado, quer em controle difuso, suscitou intenso debate no âmbito do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais. Ao final, consolidou-se a tese da *actio nata* [enquanto não nasce a ação, não pode ela prescrever. É o princípio da *actio nata* (*actione nun nata non praescribitur*)¹], como é exemplo o Acórdão CSRF/04-00.182, assentado na sessão de 13 de dezembro de 2005, relator o conselheiro Wilfrido Augusto Marques, que restou assim ementado:

DECADÊNCIA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – TERMO INICIAL –
Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Savaiva, 1994, v. 1, p. 297.

a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;

b) da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;

c) ou, em havendo publicação de ato administrativo, a partir desta data.

(grifei)

Como se percebe da ementa acima, o termo *a quo* do prazo decadencial depende de futura decisão do STF, no controle concentrado, ou da Resolução do Senado Federal, quando a decisão da Suprema Corte ocorrer no controle difuso, ou, ainda, da publicação de ato da administração que reconheça o direito creditório em abstrato. Deve-se ressaltar, por oportuno, que se assentou, também, no âmbito dos Conselhos de Contribuinte que o prazo decadencial seria quinquenal.

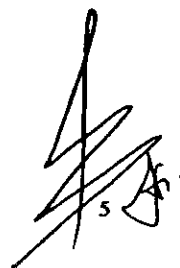
Apesar de guardar reservas contra o entendimento dominante no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, pois a presença de um termo *a quo* móvel para o caso vertente, a depender de futuro ato da administração ou do Poder Judiciário, vulnera o princípio da segurança jurídica, curvo-me a tal entendimento, evitando a interposição de futuros recursos administrativos natimortos, a prolongar desnecessariamente o término do processo administrativo fiscal, pois, seguidamente, a Câmara Superior de Recursos Fiscais vem ratificando o entendimento ora em foco.

No caso aqui em debate, em virtude de declaração de inconstitucionalidade do ILL para as sociedades por ações em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal fez editar a Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996, que excluiu do mundo jurídico a expressão “o acionista” constante no art. 35 da Lei nº 7.713/88. Posteriormente, a Instrução Normativa SRF nº 63/1997, publicada no DOU de 25 de julho de 2007, vedou 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.

Na parte que nos interessa para solucionar a presente controvérsia, a referida Instrução Normativa (art. 1º, parágrafo único) estendeu a vedação de constituição de constituição de créditos de ILL para as 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, *verbis*:

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. (grifei)



Ante o exposto, percebe-se que a administração tributária vedou a constituição de créditos tributários de ILL para as demais sociedades, inclusive as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, desde que o contrato social, na data do encerramento do período-base de apuração, não preveja a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado. Como a IN SRF nº 63/1997 foi publicada em 25/07/1997, deve-se reconhecer esta data como aquela em que a administração fiscal declarou a violação ao direito dos contribuintes sociedades limitadas que pagaram indevidamente o ILL.

Na linha acima, considerando que o recorrente é uma sociedade limitada, o seu direito à repetição de pretensos indébitos de ILL começou a fluir em 25/07/1997. Quando protocolizado o pedido aqui em debate, em 07/05/1999, não havia fluído o quinquênio decadencial. Hígido, portanto, o pedido, não havendo que se falar em decadência.

Afastada da decadência, para apreciar se o recorrente faz jus à repetição dos valores pagos de ILL, mister analisar se a cláusula contratual de sua constituição jurídica previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Transcrevo a Cláusula décima-quinta do contrato social do recorrente que prevê a distribuição de lucros (fls. 15 e 16):

Os lucros líquidos ficarão em suspensos ou serão distribuídos, se assim deliberar o sócio detentor da maioria do capital. Os prejuízos serão transferidos para o exercício seguinte.

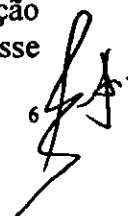
Observe que o lucro líquido ficará em suspenso ou será distribuído, se assim deliberar o sócio detentor da maioria do capital. Não há uma distribuição imediata ao sócio cotista do lucro apurado. Para haver o assenhoreamento do lucro líquido, mister uma deliberação social posterior, o que refoge do conceito de disponibilidade imediata, jurídica ou econômica. Para que houvesse a imediata disponibilidade jurídica, necessário a inexistência de qualquer obstáculo de cunho contratual ou legal para a percepção dos dividendos. Na espécie, o contrato social prevê a suspensão da distribuição, a qual somente pode ser superada com uma posterior deliberação do sócio majoritário. De se enfatizar, por fim, que a regra que transparece é a suspensão dos lucros. Alternativamente, mediante deliberação do sócio majoritário, pode ser feita a distribuição do lucro. Com estes condicionantes, não há que se falar em disponibilidade imediata do lucro líquido.

Vê-se, então, que o pedido de repetição do indébito não foi atingido pela decadência e a cláusula contratual não autoriza o entendimento de que o lucro líquido da sociedade será distribuído imediatamente aos sócios.

Dessa forma, acolho os presentes embargos de declaração, porém se deve rejeitá-los, pois improcedentes.

Neste ponto, considerando a mudança da composição da Sexta Câmara, mister reapreciar as questões já decididas no Acórdão embargado. Aqui, afiançou-se que não houve distribuição dos lucros, reconhecendo o indébito do ILL, e que este deveria ser corrigido pelos indicadores da norma de execução conjunta COSIT/COSAR nº 08/1997.

Pelo antigo entendimento da Sexta Câmara, para fazer jus ao direito a restituição do ILL em sociedades de responsabilidade limitada, mister que no contrato social não houvesse



previsão automática de lucro, bem como que não houvesse a distribuição do lucro. Assim, exigia-se duplo critério para o deferimento do direito creditório em debate.

Hodiernamente, em linha com o art. 1º, parágrafo único, da IN SRF nº 63/1997, para o reconhecimento do direito creditório do ILL de sociedades limitadas exige-se, apenas, que não haja cláusula de distribuição imediata de lucro. Como já analisado, este é o caso dos autos, o que nos leva a reconhecer a restituição vindicada.

Alfim, diferentemente do pugnado pelo recorrente em sua peça recursal, que pleiteou pretensão expurgo inflacionário do Plano Real e juros compensatórios de 1% ao mês (fls. 119), deve o indébito ser corrigido pelos índices da Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº 08, de 27 de junho de 1997, conforme constou, inclusive, no próprio pedido originário do recorrente (fls. 03).

Por tudo, acolho os embargos, rerratificando o Acórdão embargado, e voto no sentido de afastar a decadência e DAR provimento parcial ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 30 de maio de 2008.

Giovanni Christian Nunes Campos

