

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo n° : 10435.001403/98-14
Recurso n° : 130.993
Matéria : IRPJ - EXS.: 1994 a 1996
Recorrente : CAFÉ PALÁCIO LTDA.
Recorrida : DRJ em RECIFE/PE
Sessão de : 26 DE FEVEREIRO DE 2003
Acórdão n° : 105-14.028

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DILIGÊNCIA - PERÍCIA CONTÁBIL - Insustentável o pedido de realização de diligência e perícia contábil em caráter genérico e sem a indicação e qualificação profissional do seu perito, não se coadunando às regras insculpidas no Art. 16, caput, inciso IV, e § 1º, do Dec. 70.235/72.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PROVAS - A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito do impugnante fazê-lo em outro momento processual, ressalvadas as hipóteses previstas na norma legal. (Art. 16, § 4º, do Dec. 70.235/72).

ILL - SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - É devido o Imposto de Renda na Fonte pelas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, com fulcro no artigo 35, da Lei n° 7.713/1988, quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PRAZO DECADENCIAL - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido. (art. 168, I, c/c art. 165, I, do CTN).

Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por CAFÉ PALÁCIO LTDA.



ACORDAM os Membros da Quinta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Daniel Sahagoff, Denise Fonseca Rodrigues de Souza, Fernanda Pinella Arbex e José Carlos Passuello, que davam provimento.


VERINALDO HENRIQUE DA SILVA PRESIDENTE


ÁLVARO BARRÓS BARBOSA LIMA - RELATOR

FORMALIZADO EM: 07 MAR 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LUIS GONZAGA MEDEIROS NÓBREGA e NILTON PÊSS.

Processo n° : 10435.001403/98-14
Acórdão n° : 105-14.028

Recurso n° : 130.993
Recorrente : CAFÉ PALÁCIO LTDA.

RELATÓRIO

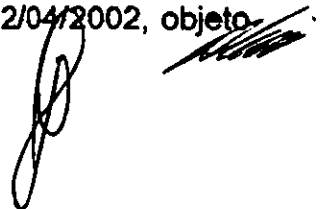
CAFÉ PALÁCIO LTDA., pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos, não se conformando com a decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Recife-Pe, que indeferiu o seu pedido de compensação, recorre a este Conselho de Contribuintes pretendendo seja reformada a referida decisão.

Antes que se adentre às razões recursais, cabe traçar um breve histórico dos autos.

Inicialmente, foi a empresa alvo de procedimento fiscal em 05/11/98 relativo aos períodos de 1994, 1995 e 1996, cuja repercussão se fez demonstrada apenas em auto de infração de IRPJ, fls. 02 a 11.

Em 18/11/98, a autuada, não contestando a exigência formalizada, requereu a compensação dos tributos exigidos com créditos de ILL que dizia possuir, em razão de recolhimentos indevidos sob aquela rubrica, no período de 30/04/92 a 31/08/93, cuja petição, pela inexistência de litígio, foi encaminhada pela DRJ/RECIFE à DRF/CARUARU, onde, apreciada, foi a compensação pleiteada considerada improcedente pela inexistência de provas da certeza e liquidez dos créditos alegados.

As folhas 144 a 191, referem-se ao Processo n° 10480.015492/2001-25, juntado ao presente por anexação, despacho de fls. 143, no qual a petionária impugnou o Despacho Decisório daquela DRF, conforme fls. 145 a 149, o que redundou no Acórdão DRJ/REC n° 1.157, de 12/04/2002, objeto



do recurso interposto, o qual, por seu turno, veio a formar um outro Processo, nº 10480.007494/2002-21, também juntado a este, segundo despacho de fls. 192.

O Acórdão recorrido está assim ementado:

DELEGACIAS DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO. ATRIBUIÇÃO DOS JULGADORES. O Julgador das Delegacias da Receita Federal de Julgamento deve observar o entendimento da Secretaria da Receita Federal (SRF) expresso em atos tributários e aduaneiros.

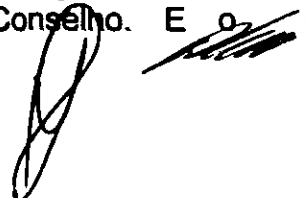
COMPENSAÇÃO – PRAZO. O direito do sujeito passivo para pleitear compensação entre tributos e/ou contribuições, em vista de pagamento indevido ou a maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo supremo Tribunal Federal, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data de extinção do crédito tributário.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Na hipótese de lançamento por homologação, o crédito tributário, embora sob condição resolutória da ulterior homologação, extingue-se na data do pagamento antecipado

Solicitação Indeferida.

Cientificada do Acórdão em 31/05/2002, AR às fls. 187, a empresa ingressou com recurso para este Conselho de Contribuinte em 13/06/2002, cuja pretensão restringe-se em ver atendido o seu pedido inicial de compensação da exigência levantada em auto de infração com o ILL recolhido nos períodos de 30/04/92 a 31/08/93 conforme indica o documento datado de 13/06/2002, às fls. 194 a 199, assim também, os documentos de folhas 99 a 102 e 146 a 149, cujos argumentos centrais assim transcrevo:

Os ilustres julgadores alegam que o crédito da Recorrente está decadente, contrariando a norma vigente e a jurisprudência pacífica deste Egrégio Conselho. E o



Processo n° : 10435.001403/98-14

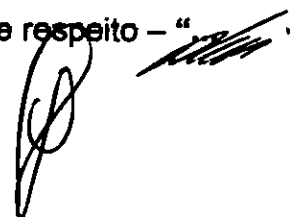
Acórdão n° : 105-14.028

presente caso trata-se de pagamento indevido, exigido como se imposto fosse, a título de ILL – Imposto Sobre o Lucro Líquido, Lei n° 7.713 de 29 de dezembro de 1988, já devidamente demonstrado na petição inicial, que foi julgado inconstitucional, em julgamento Recurso Extraordinário n° 170058-1, Resolução do Senado Federal n° 82 de 1996, publicada no DOU em 19 de novembro de 1996. E neste caso o prazo decadencial inicia-se a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal, onde exclui a eficácia da lei do mundo jurídico, e no presente caso a Resolução de n° 82 de 09.10.95, sendo publicada em 10.10.95. Assim, a partir da publicação da Resolução do Senado Federal, conta-se mais 5 (cinco) anos. E é do conhecimento de todos que em se tratando de tributo lançado por homologação, como é o caso em questão, a extinção do crédito tributário ocorre na data da homologação, e não na data do pagamento como quer o ilustre julgador. Ademais não existindo a homologação expressa do crédito, esta se considera realizada tacitamente, pelo decurso do prazo de cinco anos contados do pagamento. A extinção do direito à restituição, portanto, opera-se nestes casos, em 10 (dez) anos, contados do pagamento. E este é o entendimento dos Tribunais e das Cortes Superiores.

Fez acompanhar os seus argumentos por referências jurisprudenciais do Poder Judiciário e do Segundo Conselho de Contribuintes a respeito de decadência e prescrição dos tributos lançados por homologação.

Reiterada que foi a sua inicial, dela retiramos alguns destaques capazes de clarificar o entendimento e proporcionar rápida solução à celeuma.

Pautando os seus argumentos de defesa em Decisão da Suprema Corte, alega que o STF declarou a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n° 7.713/88 em relação às sociedades por ações, aplicando-se a decisão às sociedades por quotas de responsabilidade limitada quando o seu contrato social dispuser que a destinação dos lucros apurados depender de deliberação societária, citando, inclusive, a seguinte disposição contratual a esse respeito – “



sendo que os lucros ou prejuízos verificados serão distribuídos ou suportados pelos sócios na proporção de suas quotas de capital."

Que a própria SRF, curvando-se à declaração pelo STF e em atenção à Resolução n° 82, do Senado Federal, editou a IN n° 63, de 24/07/97, vedando até mesmo a constituição do crédito tributário.

Às fls. 107 a 119 consta alteração contratual da empresa CIPAM – COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS DO NORDESTE LTDA para incorporação da empresa Recorrente, cujo instrumento foi registrado na Junta Comercial do Estado de Pernambuco somente em 31/01/97, sob o número 970059264, com base nos elementos patrimoniais da incorporada de 31/12/1996, sobre o que a Postulante não fez qualquer referência em seu arrazoado.

Requer, ainda, a juntada posterior de provas, a aplicação do disposto no art. 112 do CTN e protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, inclusive perícias e diligências.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA, Relator

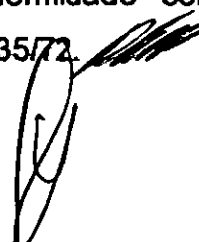
O recurso preenche os requisitos legais de admissibilidade, pelo que dele conheço.

Inicialmente há de se destacar os pedidos de juntada de provas e de realização de perícia e diligência, sobre os quais firmo a seguinte posição.

As diligências e perícias mencionadas no texto legal, Art. 16, IV, do PAF, para a sua concretização, necessitam de clara determinação dos motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames que se deseja realizados e, no caso de perícia, o nome, endereço e a qualificação profissional do perito. Se assim não fosse, o instrumento perderia a sua finalidade, porquanto a autoridade administrativa estaria a atender pedidos genéricos, de todos os matizes, sem nenhuma objetividade, consoante traduz o § 1º do mesmo artigo.

Ademais, cabe ao julgador, à luz dos elementos constantes dos autos, verificar a sua prescindibilidade, se necessárias ou não ao deslinde da querela, formando, em conseqüência, livremente sua convicção.

Ora, se os elementos acostados aos autos processuais são suficientes à solução do litígio, não se há de ver necessidade de procedimento diligencial ou pericial, eis que as peças disponíveis permitem ao julgador formar livremente juízo sobre a temática tratada, tudo em conformidade com as disposições constantes dos artigos 18 e 29, do Decreto nº 70.235/72.



Em assim sendo, rejeito o pedido por considerar desnecessária a realização de diligência e perícia e por falta de amparo legal.

Além disso, a juntada de prova documental, consoante os termos do mesmo Decreto, § 4º do art. 16, deverá ocorrer no momento da impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento processual, cujas hipóteses de ressalvas aqui não se vislumbra.

Assim, teve a recorrente a oportunidade de apresentar as provas documentais que entendia necessárias durante toda a fase instrucional e não o fez, conforme §§ 5º e 6º do artigo 16 do já citado Decreto, o que nos leva a declinar pela não aceitação de tal pedido.

No que se refere a interpretação favorável ao acusado, prescrita no art. 112 do CTN, aplica-se o mandamento somente nos casos de dúvida em relação a definição de infrações ou cominação de penalidades, o que não corresponde à situação dos presentes autos processuais, razão da não aplicabilidade do dispositivo ao caso concreto.

Sobre a parte fundamental da demanda, examinado o processo e as peças que o compõem, passo a demonstrar os fatos e as circunstâncias nele estampadas.

A questão resume-se em definir em que momento se deve considerar extinto o crédito tributário, no caso de lançamento por homologação. Neste passo, tendo em mente os argumentos produzidos pela defesa há de ser observado o que leciona o § 1º da artigo 150 do CTN:



Art. 150 (..)

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

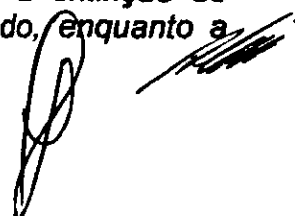
Para melhor se compreender o significado deste dispositivo, citemos a lúcida lição de ALBERTO XAVIER:

(...) a condição resolutiva permite a eficácia imediata do ato jurídico, ao contrário da condição suspensiva, que opera o diferimento dessa eficácia. Dispõe o artigo 119 do Código Civil que "se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, manifestada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe". Ora, sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, imediata é a extinção definitiva do crédito. O que na figura da condição resolutiva sucede é que a eficácia entretanto produzida pode ser destruída com efeitos retroativos se a condição se implementar. (Do Lançamento, Teoria Geral do Ato e do Processo Tributário", Editora Forense, 1998, pág. 98/99).

Depreende-se, pois, pelo fato de tratar-se de antecipação, não significa dizer que seja um pagamento provisório, sem que seus efeitos se façam sentir, conforme também nos ensina *Eurico Marcos Diniz de Santi*, na obra *Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª Edição, Ed. Max Limonad*, com as seguintes afirmativas:

"Não podemos aceitar esta tese, primeiro porque pagamento antecipado não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas pagamento efetivo, realizado antes e independentemente de ato de lançamento.

A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracteriza a extinção do crédito no âmbito do pagamento. Assim sendo, enquanto a



homologação não se realiza, vigora com plena eficácia o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro dos prazos prescricionais.

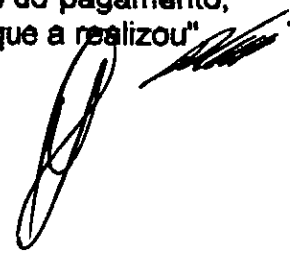
Se o fundamento jurídico da tese dos dez anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito de pleitear o débito do Fisco só surgirá ao final do prazo de homologação tácita, de modo que, o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação.

Portanto, a data da extinção do crédito tributário, no caso dos tributos sujeitos ao Art. 150 do CTN, deve ser a data efetiva em que o contribuinte recolhe o valor a título de tributo aos cofres públicos e haverá de funcionar, a priori, como dies a quo dos prazos de decadência e de prescrição do direito do contribuinte. Em suma, o contribuinte goza de cinco anos para pleitear o débito do Fisco, e não dez."

No mesmo volume, página 269, nas notas bibliográficas, encontramos as seguintes referências doutrinária e jurisprudenciais:

LUCIANO AMARO aponta a impropriedade técnica de o CTN dirigir a homologação como condição resolutive: "Ora, os sinais aí estão trocados. Ou se deveria prever, como condição resolutoria, a negativa de homologação (de tal sorte que, implementada essa negativa, a extinção restaria resolvida) ou teria de definir-se, como condição suspensiva, a homologação (no sentido de que a extinção ficaria suspensa até o implemento da homologação). Direito tributário brasileiro, p. 344

Nesse sentido, Min. DEMÓCRITO REINALDO, ao relatar os Embargos de divergência em Resp n. 48.113-7/PR, averbou: "O lançamento, no caso, constitui mero ato declaratório de situação preexistente, preconstituída. E a homologação ficta (ou expressa) como instrumento declaratório, tem efeito retro-operante, ou, em outras palavras: tem efeitos ex tunc, alcança o ato do pagamento, declarando a sua eficácia, no momento em que a realizou"



Processo n° : 10435.001403/98-14
Acórdão n° : 105-14.028

Também julgou, assim, SÉRGIO NOJIRI: "Verifica-se, pois, que a extinção do crédito tributário se opera no momento do efetivo recolhimento do tributo, ainda que este tenha sido exigido ilegalmente. Neste sentido, o direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de cinco anos (art. 168, CTN), a contar da data da extinção do crédito tributário, que é o da data do pagamento indevido. Contudo, por estar esse pagamento sob condição resolutória, seus efeitos se darão somente a partir do lançamento tributário (que no caso em apreço é ficto), nos termos do art. 150, § 4º (...). A meu ver, e este é o ponto crucial da questão, os efeitos deste lançamento ficto operam-se ex tunc. A homologação apenas reconhece o pagamento havido, declarando, com efeitos retroativos, a extinção do crédito tributário. Portanto, o prazo de restituição é de 5 anos, a contar do efetivo pagamento espontâneo do tributo indevido ou a maior" (Sentença, Autos n. 96.0902460-2, Sorocaba, 2ª Vara da Justiça Federal, p. 9).

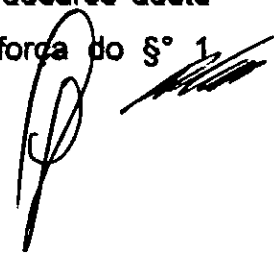
O pagamento antecipado, portanto, extingue o crédito tributário e é a partir da sua data que se conta o prazo de cinco anos em que se extingue o direito de pleitear a restituição.

Mas, os que afirmam a tese propugnada pelo interessado procuram ver no § 4º deste mesmo artigo 150 do CTN a confirmação do seu raciocínio. Citemos:

Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Entendem, portanto, à luz deste dispositivo, que a extinção definitiva, quando a homologação é tácita, somente ocorre com o decurso deste prazo. Mas, a extinção já teria ocorrido, indubitavelmente, por força do §º 1.



daquele Diploma Legal, em virtude do próprio pagamento antecipado, ainda que sob condição resolutória.

Ora, a extinção do crédito é o termo inicial para o prazo fixado no artigo 168: extinção sem qualquer outro qualificativo. Não se faz distinção entre a extinção sob condição resolutória ou extinção definitiva. Não cabe distinguir onde a lei não faz distinção.

Extinto o crédito com o pagamento antecipado, inicia-se a contagem do prazo em que se extingue o direito de pleitear a restituição.

Não resta dúvida, portanto, que no caso do lançamento por homologação a data do pagamento antecipado do tributo é o marco inicial para contagem do prazo fatal para o exercício do direito de repetir.

Os dispositivos legais enumerados pelo Julgador Singular, artigo 165, Inciso I, combinado com o artigo 168, caput e Inciso I, ambos do Código Tributário Nacional, fazem aflorar o direito de repetição do indébito, mas também conferem o prazo de cinco anos, a contar da data de extinção do crédito tributário, ao exercício desse mesmo direito, pelo que ter-se-ia que verificar se o pedido fora formalizado antes do decurso do prazo fatal.

No caso presente, os pagamentos ditos indevidos foram realizados no período de abril de 1992 a agosto de 1993 e o pedido somente foi formalizado em 18 de novembro de 1998, depois de transcorrido o prazo de lei. Justificando plenamente a negativa à pretensão.

Por outro prisma, clama a Recorrente que não se lhe aplica o disposto no artigo 35 da Lei n° 7.713/88 pelo fato de ser uma sociedade por quota de responsabilidade limitada, a qual, por seu contrato social, não conferia ao

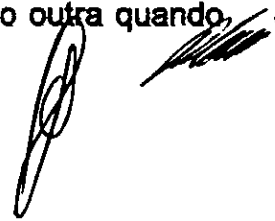


sócio quotista disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado. Entretanto, pelas suas próprias palavras e a cópia do contrato às fls. 105, cláusula 11, temos a seguinte posição: ***“Todo dia 31 de dezembro de cada ano será procedido o levantamento do balanço do exercício, sendo que os lucros ou prejuízos verificados serão distribuídos ou suportados pelos sócios na proporção de suas quotas de capital.”***

Por sua vez, o Parágrafo Único da referida cláusula, assim estabelece: ***A critério dos sócios e no atendimento de interesses da própria sociedade, o total ou parte dos lucros, poderão ser destinados à formação de reservas de lucros no critério estabelecido pela Lei n° 6.404/76, ou então permanecer em lucro acumulados para futura destinação.”***

Observados os termos contratuais da empresa Recorrente, datados de 28/11/1994, fls. 103 - verso, verifica-se, claramente, que as alegações apresentadas não se ajustam ao que decidido foi pela Corte Suprema e ao que constou da Resolução do Senado da República. Em ambas as manifestações se fez notar a vedação da imposição tributária às sociedades por ações, constando no *decisum* e, posteriormente, na IN n° 63/97 a inaplicabilidade do dispositivo da Lei n° 7.713/88 às sociedades por quotas de responsabilidade limitada quando o contrato social não indicar aos sócios a destinação dos lucros ou que ali esteja prevista outra finalidade, a qual não dependa do assentimento de cada sócio. Ou seja, a destinação automática, que não dependeria de consulta prévia ou de manifestação dos envolvidos. Não se coadunando, pois, ao espírito da lei nem de qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal as disposições contratuais insertas na cláusula décima primeira da alteração acostada às fls. 103 a 105, como tenta fazer crer a recorrente.

Na realidade, a cláusula acima transcrita prevê, indubitavelmente, que os lucros seriam conferidos aos sócios e só teriam destinação outra quando,



assim fosse deliberado. Ou seja, tem-se como primeira consequência do lucro apurado a sua disponibilização ao sócio quotista, na proporção de sua participação no capital. Qualquer destinação que lhe fosse diferente dependeria do assento dos sócios.

Assim sendo, a perspectiva que se viu brotar pela Decisão do STF não se fez vingar na situação presente, eis que os termos contratuais contrariam frontalmente aquela posição e vedam o atendimento da petição.

Conseqüentemente, inexistindo a expectativa de direito à restituição ou compensação, por não se configurar pagamento indevido ou maior que o devido, todas as demais alegações caem por terra, especialmente aquelas dispostas em razão da discussão provocada pela negativa ao pleito da DRJ/RECIFE ao amparo do instituto da decadência relativamente a lançamento por homologação. Tampouco se lhe aplicando a contagem do prazo decadencial a partir da Resolução do Senado Federal, eis que a postulante não se enquadra nas premissas fundamentadoras da peça emanada daquela Casa Legislativa e muito menos ao conteúdo da Decisão da Corte Suprema.

Assim, considerando as peculiaridades das razões de defesa e os fatos retratados nos autos processuais, notadamente quando se vê perfilado que o afastamento de dispositivo do mundo jurídico não proporcionou qualquer modificação à situação dos autos, pelo seu não enquadramento ao molde traçado pelo STF, pelo Senado Federal e pela IN n° 63 da SRF, não se tem como conferir legitimidade ao pleito.



|

MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

15

Processo nº : 10435.001403/98-14

Acórdão nº : 105-14.028

Por todo o exposto e tudo mais que do processo consta, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 26 de fevereiro de 2003.


ÁLVARO BARROS BARBOSA LIMA

