



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº 10580.008004/2002-86
Recurso nº 138.622 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÕES DIVERSAS
Acórdão nº 303-35.689
Sessão de 15 de outubro de 2008
Recorrente TUMA ENGEMAC INSTALAÇÕES TÉRMICAS LTDA
Recorrida DRJ-SALVADOR/BA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO.

Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar os recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância que versa sobre imposto de renda e proventos de qualquer natureza.

RECURSO VOLUNTÁRIO NÃO CONHECIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da terceira câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, declinar da competência ao Egrégio Primeiro Conselho de Contribuintes, em razão da matéria, nos termos do voto do relator.


ANELISE DAUDT PRIETO - Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Luis Marcelo Guerra de Castro, Vanessa Albuquerque Valente, Heroldes Bahr Neto, Celso Lopes Pereira Neto e Tarásio Campelo Borges.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição de crédito (fls.01/09), decorrente de alegado recolhimento indevido de Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, efetuado nos anos-calendário de 1990, 1991 e 1992.

Aduz o contribuinte no referido pedido que:

efetuou o recolhimento do ILL, exação fiscal criada pela Lei nº 7.713/98, artigo 35, que previa a incidência especial calculada à alíquota de 8% sobre o Lucro Líquido das Pessoas Jurídicas apurado na data do encerramento do período-base;

assim, além de pagar o Imposto de Renda – IR sobre o lucro real, o contribuinte ainda era obrigado a recolher 8% sobre o lucro líquido, a título de tributação dos seus acionistas ou sócios, por conta de rendimentos que seriam pagos ou creditados aos seus acionistas, mesmo quando não ocorresse qualquer distribuição de resultados;

o legislador, através de lei ordinária, estabeleceu no art. 35, da Lei nº 7.713/98, uma nova hipótese de incidência do IR, ferindo o preceituado no art. 146, inc. III, alínea "a", da CF/88 e o art. 43 do CTN;

o critério material da regra-matriz de incidência do IR é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, deste modo, para ser válida a obrigação tributária de recolher o ILL, faz-se necessária a sua total subsunção ao critério material;

a aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionistas ou cotistas não é adquirida com a simples apuração do lucro líquido pelas empresas, vez que, enquanto simples expectativa de direito, fica longe de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo art. 43, do CTN como fato gerador;

no que tange as sociedades anônimas – S/A, o art. 35 da Lei nº 7.713 é inconstitucional, visto que o acionista não possui a disponibilidade do lucro líquido mediante a simples apuração do resultado da empresa, pois a distribuição de tais lucros é vinculada a deliberação de assembléia geral;

quanto ao sócio cotista, a exigência prevista no supracitado artigo, somente será constitucional se, nos termos do contrato social, a disponibilidade do lucro for imediata;

a aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionista ou cotistas não é adquirida com a simples apuração do lucro líquido pelas empresas, muito menos a simples apuração de lucro implica necessariamente que este será revertido à disponibilidade dos sócios, eis que, de forma contrária pode ser decidido e determinado pela sociedade comercial;

sendo assim, é necessário que, concomitantemente com a previsão expressa em contrato social, haja a distribuição do lucro líquido no transcurso do período-base, pois, somente assim, encontrar-se-á realizado o critério material da hipótese de incidência do ILL, ou seja, ter-se-ão os sócios auferido renda;

o Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 172.058/95, declarou a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei nº 7.713/88;

diante da decisão proferida pelo STF, e a conseqüente Resolução nº 82/96, bem como o Decreto nº 2.194/97, a SRF baixou a IN nº 63/97, dispensando a constituição de créditos tributários referentes ao ILL, e cancelando os lançamentos realizados até aquela data, o que fez com que o recolhimento do ILL apurado nos anos de 1989 a 1992 fosse indevido por todas as S/A, bem como às sociedades limitadas que não houvessem distribuído seus lucros aos sócios cotistas;

os recolhimentos do ILL são desprovidos de legitimidade, devendo os mesmos serem restituídos, conforme entendimento fixado pelo próprio órgão administrativo;

a inexistência do fato gerador do ILL é provada mediante os livros contábeis ora anexados;

não consta no contrato social cláusula dispositiva de que ao final dos anos-calendário os lucros serão distribuídos aos sócios, pelo contrário, consta cláusula na qual se poderá transferir os lucros para a conta "lucros suspensos", visando um futuro aumento do capital social, que foi o que ocorreu no presente caso, sendo neste ponto, a prova contábil idônea e hábil para provar o direito à restituição do crédito fiscal, haja vista a inexistência da distribuição dos lucros;

é mister esclarecer que não ocorreu a prescrição do direito à restituição/compensação do ILL, consoante entendimento do Conselho de Contribuintes;

o prazo para que as sociedade limitadas pleiteiem o ressarcimento do ILL, desde que comprovada a não distribuição do lucro, é de 5 anos a partir da publicação da IN nº 63/97, ou seja, até 25/07/2002;

a Receita Federal na IN nº 63/97, orienta os Procuradores da Fazenda Nacional a desistirem de contestar ações judiciais que peçam a compensação do ILL;

a utilização dos índices de correção monetária se faz necessária por retratarem a perda do valor da moeda, abrangendo inclusive os expurgos inflacionários ocorridos por ocasião dos recolhimentos indevidos à época.

Colaciona jurisprudência do Conselho de Contribuintes.

Ante o exposto, requer a restituição dos valores recolhidos indevidamente à título de ILL, para que após, seja autorizada e homologada a compensação com as parcelas vincendas do IRPJ e IRRF, tudo corrigido monetariamente conforme os índices apresentados na planilha anexa.

Anexa aos autos cópias dos documentos de fls.10/159, dentre os quais, procuração (fls.11); CNPJ (fls.12); cédula de identidade do sócio (fls.13); Contrato Social (fls.16/20); alterações contratuais (fls.21/85); DARF's do ILL (fls.87/121); Planilha de crédito fiscal (fls.123/126); Livros Diário anos-base 1990, 1991 e 1992 (fls.128/149); acórdãos do Conselho de Contribuintes (fls.151/158) e IN SRF nº 63/97 (fls.159).

Às fls.160 o contribuinte se manifesta juntando cópias autenticadas das Declarações de Rendimento referentes aos exercícios de 1990, 1991 e 1992 (fls.161/170), e, reitera que o Lucro Líquido apurado nos referidos anos-calendários, foi mantido suspenso na conta "lucros acumulados", não tendo sido distribuído aos seus sócios, até ser consumido pelo prejuízo contábil ocorrido no segundo semestre de 1992.

O presente foi encaminhado ao Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal em Salvador – BA, que através de Parecer SEORT nº 036/2004 (fls.171/172), indeferiu a solicitação do contribuinte, arguindo a prescrição do direito de pleitear o reconhecimento do crédito relativo ao ILL, com fundamento na Lei nº 5.172/96 – CTN, no Ato Declaratório nº 96/99, e na IN SRF nº 63/97.

O contribuinte foi cientificado do indeferimento de seu pedido (fls.177), apresentando tempestivamente sua impugnação (fls.178/187), na qual reitera os argumentos antes explanados e acrescenta os seguintes:

a incidência da regra matriz do IR é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos de qualquer natureza. Sendo assim, a obrigação tributária de recolher o ILL, surge no exato momento em que o sujeito passivo inclui no seu patrimônio físico o valor apurado como lucro da empresa;

deve ser esclarecida a diferença entre a simples apuração do lucro e o repasse desse lucro. Assim, a aquisição da disponibilidade jurídica dos lucros pelos acionistas ou cotistas não é adquirida com uma mera apuração do lucro líquido pelas empresas, vez que, enquanto simples expectativas de direito, fica longe de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo art. 43 do CTN como fato gerador;

a Receita Federal vem indeferindo pleitos administrativos sob a alegação do decurso do prazo prescricional de 5 anos, o que fere o CTN;

o ILL é um tributo lançado por homologação, conforme § 1º, art. 150, do CTN;

decorridos cinco anos sem a manifestação do fisco sobre a regularidade do recolhimento, opera-se a homologação tácita do lançamento (art. 150, § 4º, CTN), restando o crédito tributário extinto (art. 168, I, CTN), sendo que, somente a partir desse momento (extinção do crédito), é que se inicia a contagem do prazo quinquenal para a repetição do débito, seja mediante restituição ou compensação;

observa-se que, somente após decorridos cinco anos, contados da homologação tácita, é que se pode considerar prescrito o direito do contribuinte de pleitear a devolução ou compensação do indébito;

4

finalizando o raciocínio, verifica-se que nos casos dos tributos em que o lançamento se dá por homologação, a decadência do direito para requerer a restituição/compensação, ou demanda de natureza recuperativa, só ocorre após cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos computados desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco, para verificação do quantum devido a título do tributo;

o prazo decadencial se iniciou com a publicação da IN SRF nº 23, de 24 de julho de 1997, que prevê a dispensa da constituição de créditos tributários referentes ao ILL, não restando dúvida de que o contribuinte, ao protocolar seu pedido no dia 24 de julho de 2002, estava no penúltimo dia do prazo fatal.

Por fim, colaciona lições doutrinárias de Roque Antonio Carraza e do Prof.º Celso Ribeiro Bastos, bem como transcreve ementas do Conselho de Contribuintes.

Diante do exposto, requer a reforma da decisão de primeira instância, a fim de que seja reconhecido o direito de compensação/restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de ILL, para que após, seja autorizada e homologada a compensação com as parcelas vincendas do IRPJ e IRRF, tudo corrigido monetariamente conforme os índices apresentados na planilha anexa.

Desta forma, os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador –Bahia (fls.192/196), esta indeferiu o pedido de restituição, nos termos da seguinte ementa (fls.192):

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

Ementa: PRESCRIÇÃO. IMPOSTO DE RENDA FONTE SOBRE O LUCROLÍQUIDO – ILL

O prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida”

O contribuinte foi cientificado da decisão proferida (AR – fls.197), e apresentou tempestivamente seu Recurso Voluntário (fls.198/209), instruído por cópia da procuração (fls. 210), reiterando todos os argumentos já apresentados, assim como, acrescenta que o pagamento feito antecipadamente, como ocorre nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não extingue o crédito tributário, visto que o que enseja a extinção desse crédito é a homologação promovida pela autoridade fazendária competente.

Ao final, requer a reforma da decisão de primeira instância, a fim de que seja reconhecido o direito de compensação/restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de ILL, para que após, seja autorizada e homologada a compensação com as parcelas vincendas

do IRPJ e IRRF, tudo corrigido monetariamente conforme os índices apresentados na planilha anexa.

Outrossim, requer a realização de diligência fiscal, a fim de se apurar e homologar o crédito fiscal.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive perícia técnica, bem como a juntada posterior de documentos, lançamentos contábeis e outros elementos probantes.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro em 19/06/2008, em um único volume, constando numeração até às fls. 210.

Desnecessário o encaminhamento do processo à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, nos termos da Portaria MF nº. 314, de 25/08/99.

É o relatório.

Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

Da análise dos autos, constata-se que a matéria à que versa o presente processo é concernente a restituição de crédito decorrente do recolhimento de Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, exercícios 1990 a 1992, exigido através de Pedido de Restituição (fls.01/09), formulado pelo contribuinte com base em dispositivo declarado inconstitucional, qual seja, art. 35 da Lei nº 7.713/88, o qual previa o recolhimento do referido imposto.

Irresignado com a decisão que indeferiu o pedido de restituição de crédito do ILL sob a justificativa de estar prescrito o direito de pleitear tal reconhecimento, o contribuinte interpôs impugnação na qual rebate a alegação argüida pela DRF, aduzindo estar hábil a pleitear seu direito de restituição, visto que o prazo prescricional começou a fluir somente com a publicação da IN SRF de 24/07/1997.

No entanto, sem adentrar na preliminar argüida, verifica-se que a matéria, objeto da controvérsia nos autos, não é de competência deste E. Conselho, visto que a competência para apreciação desta é a do Primeiro Conselho dos Contribuintes, nos seguintes termos:

“Art. 20. Compete ao Primeiro Conselho de Contribuintes julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância sobre a aplicação da legislação referente ao imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, adicionais, empréstimos compulsórios a ele vinculados e contribuições, inclusive penalidade isolada, observada a seguinte distribuição:

I – às Primeira, Terceira, Quinta, Sétima e Oitava Câmaras, os relativos à:

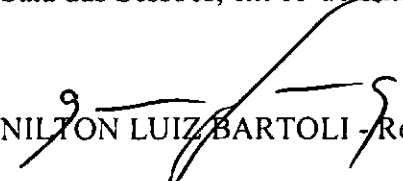
a) tributação de pessoa jurídica;”

Nesta esteira, concluo que a matéria em questão, qual seja, Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, é de competência do Primeiro Conselho de Contribuintes, como dispõe o artigo 20, inciso I, alínea “a”, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Cabe, portanto, ao Primeiro Conselho de Contribuintes apreciar o Recurso Voluntário em questão, pelo que, voto por declinar da competência para apreciar a matéria pertinente aos autos em apreço.

É como voto.

Sala das Sessões, em 15 de outubro de 2008


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator