MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

| | | |
|---|---|---|
| Processo nº. | : | 10680.005581/97-60 |
| Recurso nº. | : | 135.764 |
| Matéria | : | IRF - Ano(s): 1991, 1992 |
| Recorrente | : | ENGEMAX – ENGENHARIA, EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA. |
| Recorrida | : | 3ª TURMA/DRJ em BELO HORIZONTE - MG |
| Sessão de | : | 16 DE OUTUBRO DE 2003 |
| Acórdão nº. | : | 106-13.582 |

DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL.
O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributo pago indevidamente, inicia-se da data de publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
ILL – SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.
Comprovado 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, a contribuinte adquire o direito de restituição ou compensação do imposto sobre lucro líquido indevidamente recolhido.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ENGEMAX – ENGENHARIA, EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA.METALGRÁFICA CEARENSE S.A – MECESA.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência e, no mérito, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA
PRESIDENTE

SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 11 NOV 2003

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros ROMEU BUENO DE CAMARGO, THAISA JANSEN PEREIRA, ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, LUIZ ANTONIO DE PAULA e EDISON CARLOS FERNANDES. Ausente, justificadamente, o Conselheiro WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.

Processo nº : 10680.005581/97-60
Acórdão nº : 106-13.582

Recurso nº : 135.764
Recorrente : ENGEMAX – ENGENHARIA, EMPREENDIMENTOS E CONSTRUÇÕES LTDA.

# RELATÓRIO

Os autos têm início com o pedido de compensação do Imposto de Renda Retido na Fonte sobre o Lucro Líquido, recolhido sob a égide do art. 35 da Lei nº 7.713/88, referente aos períodos de apuração encerrados em 31/12/91 e 30/06/92, parcelados através do processo administrativo 10680.003707/93-00, com débitos de PIS e COFINS dos períodos de apuração dezembro/97 a maio/98, instruído pelos seguintes documentos, planilha de créditos disponíveis (fls. 02), DARFs de recolhimento do ILL e parcelamento (fls. 03 a 34), cópia do Contrato Social (fls. 35 a 42).

Sua solicitação foi, preliminarmente, examinada e indeferida pelo Chefe do Serviço de Tributação da DRF em Belo Horizonte em decisão de fls.75/77.

Cientificado dessa decisão (fl.78), seu procurador (doc. de fls.98) tempestivamente, apresentou manifestação de inconformidade de fls.82/97.

Os membros da Terceira Turma de Julgamento da DRJ em Fortaleza, por unanimidade de votos, mantiveram o indeferimento do pedido, em decisão de fls. 108/112, sob os fundamentos resumidos a seguir:

- Quanto ao mérito, torna-se ocioso discutir, aqui, a constitucionalidade do art. 35 da Lei nº 7.713 de 1988, ou sua pretensa incompatibilidade com o inciso III do art. 153 da Constituição Federal e com o art. 43 do

CTN. Primeiro, porque a autoridade administrativa não tem competência para falar sobre matéria constitucional, que é de deliberação exclusiva do poder judiciário. Segundo, porque o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal já se pronunciaram de forma inequívoca e definitiva sobre a questão, com a própria impugnante reconhece. Só o que resta, é proceder a devida subsunção dos fatos às normas, respeitando as limitações introduzidas pelos poderes competentes.

- A autoridade administrativa só pode deixar de obedecer à Lei para se abster de constituir crédito tributário, retificar seu valor, ou declará-lo extinto, nas hipóteses disciplinadas como previsto no art. 77 da Lei nº 9.430, de 1996, e Dec. nº 2.346 de 1997. Nesse contexto, a IN SRF nº 63, de 1997, veio disciplinar as hipóteses que autorizam desobedecer o art. 35 da Lei nº 7.713,de 1988. Na espécie, tais hipóteses não se verificam.
- Conforme admite a impugnante, o entendimento do STF é de que, para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a incidência do ILL é constitucional, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a distribuição.
- Segundo a cláusula Décima do contrato de constituição da Engemax, o contrato social determina a distribuição automática dos lucros. Pelo que se depreende do texto de tal cláusula, depende da deliberação dos sócios a não distribuição (manutenção dos lucros *"em suspenso"*). Não se sustentam, portanto, as razões fundadas na ausência de disposição contratual que preveja a disponibilidade econômica ou jurídica imediata ao sócio cotista, do lucro apurado.
- Não se confirma, ainda, a alegação de que a cláusula II da Trigésima Alteração Contratual destinou o lucro dos anos calendários em questão, que são 1991 e 1992, a aumento de capital. O aumento de

capital nela determinado não decorre de incorporação de lucros, mas da utilização do saldo de reserva de correção monetária e de parte do adiantamento para futuro aumento de capital. Por fim, cumpre reforçar que a referida alteração contratual não tem nada que ver com os anos calendários de 1991 e 1992. Ela tem data de 10 de outubro de 1996, e sua cláusula II sempre faz referência aos dados do balanço de 31/12/1995.

- Ainda que a inconstitucionalidade se aplicasse ao caso da reclamante, não caberia restituir ou compensar os recolhimentos anteriores a 19/11/1996. É que não caracteriza pagamento indevido ou a maior de tributos, o Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL pago anteriormente à suspensão da execução, pelo Senado Federal, da Lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal federal. Adota-se, aqui o entendimento exposto na decisão n° 101, de 06 de junho de 1997, da Superintendência da Receita Federal da 7ª região, prolatada em processo de consulta.

Dessa decisão tomou ciência (fl.114) e, na guarda do prazo legal, protocolou o recurso de fls. 115/123, acompanhado dos documentos juntados às fls. 129/179.

Após relatar os fatos, registra as razões a seguir sintetizadas:

- Tratando-se de tributo lançado por homologação o entendimento doutrinário e jurisprudencial vigente é no sentido de que a prescrição do direito a restituição somente começa a correr após o decurso do prazo de cinco anos assegurado para a respectiva homologação, como de ver-se do que decidido pela primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: *"à falta de homologação, a decadência do direito de repetir o indébito tributário somente ocorre, decorridos cinco anos,*

- *desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para apuração do tributo devido". (ac. 1° S STJ, embargos de divergência no Resp. 42.720-5/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, de 14/03/95; ac. S STJ, Embargos de divergência n° 43.995-5/RS, relator Ministro César Afonso Rocha, de 25/05/95)*
- A decisão recorrida, desconhece o inteiro teor das alterações contratuais vigentes entre 01/03/90 a 03/05/94, por intermédio das quais, sempre consolidando o contrato social primitivo, nada dispunham quanto à distribuição automática de lucros aos sócios.
- Ausente, a contar da vigésima alteração contratual, disposição por intermédio da qual prevista a distribuição automática de lucro aos sócios, não pode o direito da Recorrente restar afastado ao fundamente de disposição contratual inicialmente consignado no contrato social primitivo, totalmente afastada por intermédio das consolidações contratuais que se seguiram a contar de 01/03/90, cuja redação não autoriza conclusão de que prevista a distribuição automática de lucros aos sócios.
- O entendimento consignado na decisão recorrida, perpetuando os efeitos da cláusula décima do contrato social de fls. 39/42, implica em tornar letra morta as alterações procedidas por intermédio da vigésima alteração contratual e seguintes, essa datada de 01/03/90, na medida em que, doravante, afastada a disposição contratual por intermédio da qual prevista a disposição automática de lucros líquidos.
- A recorrente, quer assim, ressaltar que, no período de 01/03/90 a 03/05/94, como comprovam os documentos anexos, as relações contratuais societárias e, por essas, a distribuição ou não de lucros aos sócios, sempre estiveram vinculadas ao disposto nas alterações contratuais naquelas datas vigentes, não podendo passar

despercebido que cada alteração contratual que se seguiu a data de 01/03/90, consolidado o respectivo contrato social, razão pela qual inaplicável qualquer disposição inicialmente consignada no contrato social primitivo, em especial a cláusula décima, destacada pela decisão recorrida para fins de indeferimento da pretensão.

- A disposição como a prevista na cláusula Décima Quinta da vigésima alteração contratual e seguintes sempre vincularam qualquer decisão societária à maioria do capital social realizado, aspecto que, por si só, dado a total incompatibilidade, implica na supressão integral do disposto na cláusula décima do contrato social primitivo.
- Não fosse o bastante, atenta leitura da cláusula décima, destacada pela decisão às fls. 110, também não autoriza conclusão de que presente disposição contratual societária determinando a distribuição automática dos lucros aos sócios, pelo contrário, como ali expresso, a distribuição de lucros sempre esteve condicionada à deliberação dos sócios, inclusive para efeitos de restarem esses suspensos.

È o relatório.

# VOTO

Conselheira SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, Relatora

O recurso preenche as condições de admissibilidade. Dele tomo conhecimento.

O Imposto de Renda na Fonte Sobre o Lucro Líquido, criado pelo art. 35 da Lei nº 7.713/88 incidiu sobre os lucros apurados em períodos base encerrado entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1992.

O Diário Oficial da União de 19/11/96 publicou a resolução nº 82 do Senado Federal dispondo em seu artigo 1º que é suspensa a execução do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, no que diz respeito a expressão o acionista nele contida.

Em 24/07/97, foi editada a Instrução Normativa nº 63, DOU de 25/7/97, que no seu artigo 1º assim preceitua:

> *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 as demais sociedades nos casos 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)

No caso em pauta, a recorrente solicita o reconhecimento do direito creditório, pertinente ao ILL apurados nos períodos encerrados em **31/12/91** e **30/06/92.**

I.Preliminar de decadência do direito de pedir restituição ou compensação dos valores recolhidos como ILL.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais, que é a responsável pela uniformização da jurisprudência administrativa a nível federal, apreciou a matéria na sessão de 19/3/2001, Acórdão CSRF/01-03.239, resumindo seu entendimento na seguinte ementa:

> *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:*
> *- da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;*
> *- da Resolução do Senado que confere efeito erga omnes à decisão proferida inter partes em processo que reconhece inscontitucionalidade de tributo;*
> ***- da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.****(grifei)*

Como a data de protocolo do pedido de fls. 1 é do mesmo mês e ano do indicado ato normativo, não há o que se falar em decadência ou prescrição do direito de pedir restituição ou compensação.

II. Mérito.

Examinadas as cláusulas inseridas:

- na "VIGÉSIMA SEGUNDA ALTERAÇÃO CONTRATUAL" no item " CONTRATO SOCIAL CONSOLIDADO" feita pela recorrente em

10/12/90, registrada na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais em 2/1/91, cópia às fls. 162/167;

- na "VIGÉSIMA TERCEIRA ALTERAÇÃO CONTRATUAL" , feita em 19/3/91, cópia às fls.156/161;
- na "VIGÉSIMA QUARTA ALTERAÇÃO CONTRATUAL", elaborada em 1/5/91, às fls. 144/147;
- na "VIGÉSIMA QUINTA ALTERAÇÃO CONTRATUAL", elaborada em 6/7/92, às fls. 138/142.

Constata-se que, no período pleiteado pela recorrente, não estava mais em vigor a Cláusula Décima registrada no Contrato Social de Constituição da recorrente que previa a distribuição automática dos lucros (fls. 41).

Dessa forma, e seguindo a orientação da Instrução Normativa nº 63/97, a recorrente tem o direito à restituição dos valores pleiteados e, por conseqüência, o direito a compensação com os débitos de PIS e COFINS dos períodos de apuração dezembro de 1997 a maio de 1998.

Isso posto, afasto os efeitos da decadência do direito de pedir, para, no mérito, dar provimento ao recurso.

Sala das Sessões - DF, em 16 de outubro de 2003.

SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO