



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUARTA CÂMARA

Processo n°	10830.002327/2001-96
Recurso n°	146.342 Embargos
Matéria	IRF/ILL - Ano(s): 1989 a 1992
Acórdão n°	104-22.351
Sessão de	25 de abril de 2007
Embargante	FAZENDA NACIONAL
Interessado	VIAÇÃO CAPRIOLI LTDA.

PAF - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO E OS ELEMENTOS DOS AUTOS - NECESSIDADE DE CORREÇÃO PELA PROLAÇÃO DE NOVA DECISÃO - Constatada contradição entre os fundamentos do acórdão e os elementos constantes dos autos, devem ser acolhidos os embargos de declaração que apontam essa contradição, para que o vício seja sanado.

PAF - ACOLHIMENTO DE EMBARGOS PARA PROLAÇÃO DE NOVO ACÓRDÃO - NULIDADE DO ACÓRDÃO EMBARGADO - O acolhimento de embargos declaratórios que apontaram contradição entre as conclusões do acórdão e os elementos constantes dos autos, impõe a declaração de nulidade do acórdão embargado, para que novo julgamento seja realizado, quando este dependa da realização de diligência.

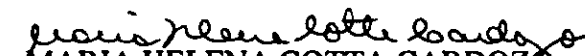
Embargos acolhidos.

Acórdão anulado.

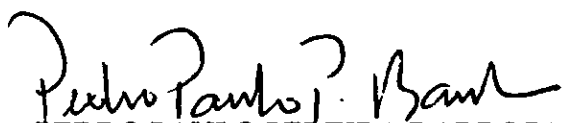
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos Declaratórios interposto pela FAZENDA NACIONAL.

[Assinatura]

ACORDAM os Membros da QUARTA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, ACOLHER os Embargos Declaratórios para ANULAR o Acórdão n.º 104-21.537, de 26/04/2006, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO

Presidente


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA

Relator

FORMALIZADO EM: 04 JUN 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nelson Mallmann, Heloísa Guarita Souza, Antonio Lopo Martinez, Marcelo Neeser Nogueira Reis e Remis Almeida Estol. Ausente o Conselheiro Gustavo Lian Haddad.

Relatório

Cuida-se de Embargos declaratórios interpostos pela Fazenda Nacional que apontou contradição no Acórdão 104-21.537, de 26 de abril de 2006, desta Quarta Câmara, o qual, por unanimidade de voto, deu provimento ao Recurso Voluntário.

A matéria em litígio é a restituição de ILL onde se discutia, preliminarmente, a decadência do direito de o contribuinte pleitear a repetição do indébito e, quanto ao mérito, se, tratando-se de sociedade por quota de responsabilidade limitada, o Contrato Social previa a distribuição automática dos lucros, ou não.

O Acórdão Embargado concluiu, por maioria de votos, pela tempestividade do pedido, vencido o Relator e, no mérito, por unanimidade, deu provimento ao recurso, tendo concluído que o Contrato Social da empresa não prevê a disponibilidade automática dos lucros apurados, que dependeria da deliberação dos sócios.

Afirma a Fazenda Nacional, entretanto, que o Acórdão Embargado baseou-se em Alteração do Contrato Social realizada em setembro de 1993 (fls. 16/29) quando o crédito tributário pleiteado refere-se aos anos de 1989 e 1992. Portanto, argumenta a Embargante, não teria como se concluir a partir desse documento se naqueles anos havia ou não a previsão contratual de distribuição automática dos lucros.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, Relator

Os Embargos declaratórios foram apresentados tempestivamente e, compulsando os autos, verifica-se que, de fato, o voto condutor do Acórdão Embargado baseou-se em Alteração do Contrato Social realizada em setembro de 1993 (fls. 16/29), e de onde se extrai, também, que a alteração contratual anterior ocorreu em outubro de 1992, quando o crédito tributário pleiteado refere-se aos anos de 1999 e 2002.

Para maior clareza, reproduzo a seguir o relatório em que se basearam os votos vencedor e vencido, condutores do Acórdão Embargado:

Cuida-se de pedido de restituição de Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido – ILL, referente aos anos de 1989 a 1992.

A Autoridade Administrativa competente para apreciar o pedido o indeferiu sob a fundamentação de que o direito pleiteado já estaria fulminado pela decadência, cujo termo inicial de contagem do prazo seria a data do fato gerador.

Irresignada, a Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade onde aduz, em síntese, que, de acordo com entendimento do STJ, o termo inicial de contagem do prazo decadencial do direito de a restituição de indébito tributário é a da homologação tácita, no que resultaria num prazo de 10 (dez) anos; que, por outro lado, o Parecer Cosit 4/99 e decisões dos Conselhos de Contribuintes, reconhecem que esse prazo deve ser contado a partir do ato administrativo que reconhecer, no âmbito administrativo, o indébito tributário, no caso a IN SRF 67/97; que o Supremo Tribunal Federal decidiu que somente é constitucional a exigência do imposto previsto no artigo 35 da Lei 7.713/88, no caso de empresas por quotas de responsabilidade limitada, quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base; que, no caso concreto, não há tal previsão estatutária/contratual outorgando ao sócio-cotista a disponibilidade imediata nos lucros havidos na sociedade.

A DRJ/CAMPINAS/SP indeferiu a solicitação, com os fundamentos consubstanciados nas ementas a seguir reproduzidas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Período de apuração: 31/12/1989 a 31/12/1992

Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. SOCIEDADE POR QUOTAS. CONSTITUCIONALIDADE.

O Supremo Tribunal Federal, em interpretação conforme a Constituição, declarou que somente ocorre inconstitucionalidade, na exigência do imposto sobre o lucro líquido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, quando o contrato social for omissivo quanto à distribuição dos lucros, ou prever, independentemente da manifestação dos sócios, destinação dos lucros outra que não a sua distribuição, por não caracterizar a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro apurado.

Solicitação Indeferida.

A decisão de primeira instância baseia-se, em síntese, nas seguintes considerações.

- que o Supremo Tribunal Federal, quanto ao sócio quotista das sociedades limitadas, declarou a constitucionalidade do art. 35 da lei nº 7.713, de 1988, em interpretação conforme a Constituição, *"quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelo sócio, do lucro líquido apurado ao final do período-base"*;

- que o Senado Federal publicou a Resolução nº 82, de 18 de novembro de 1996 conferindo efeito *erga omnes* apenas em relação à expressão "o acionista", já que nos casos do sócio quotista da sociedade de responsabilidade limitada deve ser observada a especificidade do contrato social de cada sociedade;

- que a Instrução Normativa SRF nº 63/97 destinou-se apenas a dar efetividade à decisão do STF, evitando a persistência de litígios, mas que esta não pode ser interpretada de modo a ampliar o alcance da decisão da Suprema Corte;

- que a decisão do SRF, traduzida no voto do Ministro-Relator Marco Aurélio Mello é no sentido de que, dependendo a destinação dos lucros da deliberação dos sócios, resta caracterizado o fato gerador do imposto, nos termos do art. 43 do CTN e, portanto, a constitucionalidade da norma.

- que, portanto, Portanto, somente será inconstitucional a exigência do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido quando o contrato social for omissivo sobre a distribuição dos lucros, pois no caso aplicar-se-á o Código Comercial, e por decorrência a solução adotada para a expressão *"os acionistas"*, ou quando o contrato preveja, destinação dos lucros, independentemente da manifestação dos sócios, outra que não a sua distribuição.

- que ainda que existisse algum crédito favorável à contribuinte, relativo ao ILL dos períodos de apuração de 1989 a 1992, não poderia ele ser repetido, haja vista que, na data do protocolo do pedido, 27 de março de 2001, já estava extinto o direito à restituição, por ter transcorrido mais de cinco anos entre os recolhimentos e o pedido.

Reproduzo, também, o trecho do voto condutor da decisão recorrida na parte que versa sobre o mérito:

Observe que tanto a autoridade administrativa que apreciou originalmente o pedido quanto a autoridade julgadora de primeira instância, embora declarando a decadência, apreciaram o pedido quanto ao mérito. Assim, vencido quanto à preliminar de decadência, passo ao exame do mérito.

O pedido foi indeferido, quanto ao mérito, sob o fundamento de que, como a destinação dos lucros, no caso, depende de deliberação dos sócios, não haveria inconstitucionalidade na exigência do tributo, conforme interpretação da decisão do STF.

O cerne da questão, portanto, está na definição do alcance da decisão do STF no que se refere às sociedades por quotas, mais especificamente sobre o entendimento daquela Corte Maior sobre o que seria a disponibilidade econômica ou jurídica nesse caso. A decisão está assim ementada, nessa parte:

...declarar a inconstitucionalidade da alusão a "o acionista", a constitucionalidade das expressões "o titular de empresa individual" e "o sócio cotista", salvo no tocante a esta última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. No mérito, deliberou dar provimento parcial ao recurso para devolver o caso ao Tribunal "a quo", a fim de que o decida, conforme o julgamento de prejudicial de inconstitucionalidade e os fatos relevantes do caso concreto.

No caso concreto, o contrato social assim dispõe: Os resultados líquidos obtidos anualmente terão o destino que lhes for determinado pelos sócios quotistas, de acordo com a votação que for feita a respeito."

É dizer, o contrato é omissivo quando à destinação dos lucros, deixando-a na dependência de deliberação posterior dos sócios. Ora, se é assim, não se pode afirmar que cada um dos sócios detenha a disponibilidade, econômica ou jurídica, dos lucros, que dependerá de resultado, incerto, de deliberação conjunta dos sócios.

Situação diversa seria se o contrato previsse a distribuição automática dos lucros, a ser alterada somente com o assentimento de cada um dos sócios. Em tal hipótese, cada sócio efetivamente poderiam dispor da parcela do lucro que lhe coubesse, inclusive renunciando ao seu recebimento em favor de uma outra destinação. Não é esse o caso quando a disponibilidade do lucro para um dos sócios esteja na dependência de deliberação dos demais sócios.

Penso ser esse o sentido da decisão do STF que explicitou a necessidade do assentimento "de cada sócio" para a destinação diversa do lucro. Nesse mesmo sentido é o voto do Ministro Celso de Mello que, da mesma forma, individualiza o sócio cotista ao se referir à disponibilidade dos lucros. Isto é, a disponibilidade deve ser para cada sócio e não para os sócios em conjunto.

Penso, em conclusão, que não está caracterizado no caso concreto a disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros aos sócios cotistas e, portanto, é o caso de se

afastar a exigência por inconstitucionalidade declarada pelo STF e, conseqüentemente, o direito á restituição dos valores pagos a esse título.

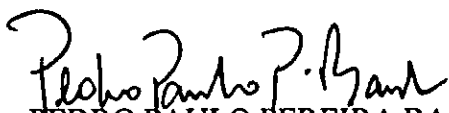
Resta claro, portanto, que, como apontado pela Fazenda Nacional, há evidente contradição entre as conclusões do Acórdão embargado e os elementos constantes dos autos: o voto condutor do Acórdão embargado tomou como base para concluir que o Contrato Social da Recorrente não previa a distribuição automática dos lucros um documento inexistente no período relativamente ao qual a Contribuinte pleiteou a restituição do ILL.

Tal vício só pode ser reparado por meio de um novo julgamento. Impõe-se, portanto, seja declarada a nulidade do Acórdão n.º 104-21.537, de 26/04/2006, para que novo julgamento seja realizado na boa e devida forma.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de acolher os embargos, para declarar a nulidade do Acórdão n.º 104-21.537, de 26/04/2006.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2007


PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA