



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10845.003513/2001-83
Recurso nº	134.063 Voluntário
Matéria	ILL
Acórdão nº	102-49.079
Sessão de	28 de maio de 2008
Recorrente	MESQUITA LOCAÇÕES LTDA.
Recorrida	5ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP I

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Exercício: 1992, 1993

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (ILL).
 INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE
 LIMITADA.

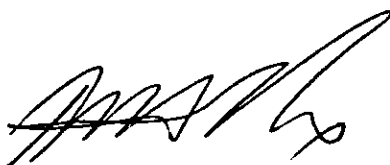
Incabível a restituição de ILL pelo pagamento indevido em
 função de declaração de inconstitucionalidade quando se trata de
 sociedade limitada com previsão de distribuição automática de
 lucros.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do PRIMEIRO
 CONSELHO DE CONTRIBUINTES, pelo voto de qualidade, NEGAR provimento ao recurso,
 nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Moisés Giacomelli Nunes da Silva
 (Relator), Silvana Mancini Karam, Alexandre Naoki Nishioka e Vanessa Pereira Rodrigues,
 que proviam o recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Rubens
 Maurício Carvalho (Suplente convocado).


 IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
 Presidente



RUBENS MAURÍCIO CARVALHO
Redator designado

FORMALIZADO EM: 12 SET 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Nury Fragoso Tanaka e Núbia Matos Moura. Ausente, justificadamente, o Conselheiro José Raimundo Tosta Santos.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição/compensação do Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, recolhido no período de 27/04/1990 a 04/06. O pedido foi instruído com os DARFs de fls. 19 a 34 e com as Declarações de Rendimentos Pessoa Jurídica de fls. 92 a 148.

No decorrer da instrução vieram aos autos os Balanços Patrimoniais de fls. 451 a 474, correspondente aos anos-calendário de 1989 a 1992.

Em julgamento anterior, esta Câmara afastou a alegação de decadência, decisão esta confirmada pela CSRF. Os autos retornaram à origem que indeferiu a pretensão da recorrente com base nos seguintes fundamentos:

(...)

Portanto, em síntese, toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que 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.

Contudo, quando o contrato social preveja que a destinação do lucro líquido depende de disposição dos sócios a respeito, dá-se a situação configuradora da disponibilidade jurídica dos rendimentos, como bem apontou o Ministro Celso de Mello.

Como sobejamente demonstrado no despacho decisório recorrido, é exatamente esse o caso do contribuinte, pois a Cláusula 8ª do Contrato Social, mantida inalterada nas alterações de 04/04/1989, 08/01/1990 e 14/08/1992 estabelecia:

"Cláusula 8ª: O ano coincidirá com o civil, e, no dia 31 de dezembro de cada ano proceder-se-á ao balanço do exercício, para apuração dos lucros ou prejuízos, e, dos lucros brutos que forem verificados no balanço, serão abatidas as cotas de amortização e as provisões necessárias e, os lucros líquidos, assim apurados em balanço competirão aos sócios na proporção de suas cotas do capital social; em igual proporção serão também a eles atribuídos e por eles suportados os prejuízos que eventualmente venham a ser verificados. Erigido o balanço sob a orientação e responsabilidade da Diretoria, convocará esta reunião do corpo associativo para aprovação do mesmo, deliberando os sócios por maioria de votos, valendo um voto para cada cota do capital social."

Ou seja, resta claro e expresso que os sócios, em 31 de dezembro, possuíam a disponibilidade jurídica sobre os lucros da empresa. A isto se acrescenta ter o Supremo Tribunal Federal deixado assentado não ser importante a disponibilidade econômica dos lucros, haja vista bastar a disponibilidade jurídica, a qual era incontestavelmente dos sócios.

Intimada da decisão de fls. 497/504 (fl. 508), a contribuinte, de forma tempestiva apresentou o recurso de fls. 509 a 519, alegando, em síntese:



(i) que a mera disponibilidade jurídica dos lucros não significa que a distribuição será automática, sendo necessária a decisão conjunta dos sócios para deferir o seu destino, e é exatamente o que prevê a segunda parte da cláusula oitava do contrato social.

(ii) que no caso em tela, além de não ter ocorrido a reunião para decidir a destinação do lucro líquido, pressuposto essencial para torná-lo exigível, foi demonstrado e comprovado, através de balanço patrimonial, que sequer a distribuição ocorreu.

(iii) a recorrente reporta-se ao acórdão 04-00.217 da CSRF invocando paradigma em que sustenta que caso a empresa tivesse provado de que a distribuição do lucro não ocorreu, o tributo não seria devido, sendo que no caso em tela, por meio de sua contabilidade, a empresa demonstra que não houve distribuição de lucros.

Examinando os autos, não localizei registros contábeis da distribuição dos lucros acima referidos.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA, Relator

O recurso é tempestivo, na conformidade do prazo estabelecido pelo artigo 33 do Decreto n.º 70.235, de 06 de março de 1972, foi interposto por parte legítima, está devidamente fundamentado. Assim, conheço-o e passo ao exame do mérito.

A exigência do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, de que tratava o artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, que determinava que o sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficava sujeito ao Imposto sobre a Renda na Fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base, teve sua constitucionalidade questionada por meio do Recurso Extraordinário n.º 172.058/SC, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, que decidiu a matéria nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL - LIMITES. Alicerçado o extraordinário na alínea b do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a atuação do Supremo Tribunal Federal faz-se na extensão do provimento judicial atacado. Os limites da lide não a balizam, no que verificada declaração de inconstitucionalidade que os excederam. Alcance da atividade precípua do Supremo Tribunal Federal - de guarda maior da Carta Política da República. **TRIBUTO - RELAÇÃO JURÍDICA ESTADO/CONTRIBUINTE - PEDRA DE TOQUE.** No embate diário Estado/contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuplantável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que somente a lei complementar cabe "a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes" - alínea "a" do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988. **IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA.** A norma insculpida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior. **IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA.** O artigo 35 da Lei n.º 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade "desconto na fonte", relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no



artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76. IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 encerra explicitação do fato gerador, alusivo ao imposto de renda, fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional, mostrando-se harmônico, no particular, com a Constituição Federal. Apurado o lucro líquido da empresa, a destinação fica ao sabor de manifestação de vontade única, ou seja, do titular, fato a demonstrar a disponibilidade jurídica. Situação fática a conduzir a pertinência do princípio da despersonalização. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CONHECIMENTO - JULGAMENTO DA CAUSA. A observância da jurisprudência sedimentada no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgara a causa aplicando o direito a espécie (verbete nº 456 da Súmula), pressupõe decisão formalizada, a respeito, na instância de origem. Declarada a inconstitucionalidade linear de um certo artigo, uma vez restringida a pecha a uma das normas nele insertas ou a um enfoque determinado, impõe-se a baixa dos autos para que, na origem, seja julgada a lide com apreciação das peculiaridades. Inteligência da ordem constitucional, no que homenageante do devido processo legal, avesso, a mais não poder, as soluções que, embora práticas, resultem no desprezo a organicidade do Direito. (j. 30/06/1995. DJ 13-10-1995)

Sempre que a distribuição depender de reunião dos sócios para decidirem se os lucros serão distribuídos ou se continuarão na sociedade, o fato gerador não ocorre em 31 de dezembro do respectivo ano-calendário, mas sim quando esta reunião ou Assembléia se realizar. Assim, nos casos de necessidade de reunião para decidir sobre a distribuição ou não do Lucro Líquido, tem-se que a exigência é inconstitucional, conforme já decidiu o STF.

No caso dos autos há que se ater atenção ao disposto na cláusula oitava do contrato social vigente à época, que assim dispõe:

“Cláusula 8ª: O ano coincidirá com o civil, e, no dia 31 de dezembro de cada ano proceder-se-á ao balanço do exercício, para apuração dos lucros ou prejuízos, e, dos lucros brutos que forem verificados no balanço, serão abatidas as cotas de amortização e as provisões necessárias e, os lucros líquidos, assim apurados em balanço competirão aos sócios na proporção de suas cotas do capital social; em igual proporção serão também a eles atribuídos e por eles suportados os prejuízos que eventualmente venham a ser verificados. Erigido o balanço sob a orientação e responsabilidade da Diretoria, convocará esta reunião do corpo associativo para aprovação do mesmo, deliberando os sócios por maioria de votos, valendo um voto para cada cota do capital social.”

A cláusula acima transcrita contém duas normas. Na primeira norma que se estende do princípio da cláusula ao primeiro ponto trata da do ano civil da sociedade, da apuração dos lucros e prejuízos e a atribuição destes aos sócios. A segunda norma é composta pela segunda frase da cláusula acima referida, com as seguintes expressões:

“Erigido o balanço sob a orientação e responsabilidade da Diretoria, convocará esta reunião do corpo associativo para aprovação do mesmo, deliberando os sócios por maioria de votos, valendo um voto para cada cota do capital social”

Na frase acima, que compõe a segunda norma da cláusula oitava do contrato social, o sujeito é a Diretoria e o objeto direto é o balanço. A ação praticada pela Diretoria está voltada ao objeto direto. As expressões, “reunião do corpo associativo para aprovação do mesmo”, estão relacionadas ao balanço. Assim, a reunião prevista na segunda parte da cláusula oitava não é para decidir acerca dos lucros, mas sim para aprovação do balanço. No entanto, no caso concreto, não se podia distribuir lucros, ainda que sob a forma de disponibilidade jurídica, sem primeiro aprovar o balanço que dependia de reunião dos sócios, do que se conclui que em 31 de dezembro de cada ano-calendário não ocorria destinação automática dos lucros, dependendo esta da reunião dos sócios prevista na segunda parte da cláusula oitava do contrato social.

ISSO POSTO, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso para reconhecer o direito à compensação dos créditos tributários recolhidos por meio dos DARFs de fls. 19 a 34.

É o voto.

Sala das Sessões– DF, em 28 de maio de 2008.


Moisés Giacomelli Nunes da Silva

Voto Vencedor

CONSELHEIRO RUBENS MAURÍCIO CARVALHO, Redator designado

Restrinjo-me à questão da inconstitucionalidade, na exigência do imposto sobre o lucro líquido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, em relação à qual discordo do eminente Relator.

Trata o processo, de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, previsto no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988.

O cerne da questão está em torno da convicção se o contribuinte, uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, tem em seu contrato social a previsão da distribuição dos lucros, à época do fato gerador, o ILL era devido.

Como demonstrado no despacho decisório e repetido na decisão *a quo* recorrida, é exatamente esse o caso do contribuinte, pois a Cláusula 8ª do Contrato Social (fl. 43), mantida inalterada nas alterações de 04/04/1989, 08/01/1990 e 14/08/1992 estabelecia:

"Cláusula 8ª: O ano coincidirá com o civil, e, no dia 31 de dezembro de cada ano proceder-se-á ao balanço do exercício, para apuração dos lucros ou prejuízos, e, dos lucros brutos que forem verificados no balanço, serão abatidas as cotas de amortização e as provisões necessárias e, os lucros líquidos, assim apurados em balanço competirão aos sócios na proporção de suas cotas do capital social; em igual proporção serão também a eles atribuídos e por eles suportados os prejuízos que eventualmente venham a ser verificados. Erigido o balanço sob a orientação e responsabilidade da Diretoria, convocará esta reunião do corpo associativo para aprovação do mesmo, deliberando os sócios por maioria de votos, valendo um voto para cada cota do capital social." grifei

Destarte, repiso o decidido em instância anterior, que resta claro e expresso que os sócios, em 31 de dezembro, possuíam a disponibilidade jurídica sobre os lucros da empresa. A isto se acrescente ter o Supremo Tribunal Federal deixado assentado não ser importante a disponibilidade econômica dos lucros, haja vista bastar a **disponibilidade jurídica**, a qual era incontestavelmente dos sócios.

Como se pode constatar, o instrumento contratual acima não faz qualquer ressalva quanto à distribuição de lucros, concluindo-se ser esta automática.

Nesse mesmo sentido decidiu a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), no acórdão da ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, no Acórdão nº: CSRF/04-00.521, cuja ementa determina:

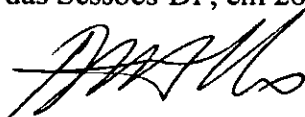
IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO -
INCONSTITUCIONALIDADE - PAGAMENTO INDEVIDO -

RESTITUIÇÃO – SOCIEDADE LIMITADA – Não há que se falar em declaração de inconstitucionalidade, nem em pagamento indevido, tampouco em restituição de ILL, quando se trata de sociedade limitada com previsão de distribuição automática de lucros (Resolução n.º 82/1996, do Senado Federal, e Instrução Normativa SRF n.º 63, de 1997).

Diante do exposto, tendo em vista que, não estando a empresa abrangida pela declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, não há que se falar em pagamento indevido, tampouco em direito à restituição, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

É o voto.

Sala das Sessões-DF, em 28 de maio de 2008.



Rubens Maurício Carvalho