



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10880.010322/2002-22
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-005.074 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de abril de 2019
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente DROGARIA SÃO PAULO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ILL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA.

O ILL é devido sobre os lucros disponibilizados aos sócios quotistas de sociedades empresárias limitadas, nos casos em que o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base.

SOCIEDADE POR QUOTAS LIMITADAS. PODER DE DECISÃO. DISPONIBILIDADE JURÍDICA.

No caso, o fato de os sócios, em uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, poderem dispor ou participar da deliberação sobre a destinação do lucro líquido caracteriza disponibilidade jurídica de renda e proventos de qualquer natureza.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário, vencidos os Conselheiros Douglas Kakazu Kushiya, Relator, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Marcelo Milton da Silva Risso, que deram provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente e Redator designado.

(assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiyama - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Débora Fófano Dos Santos, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiyama, Sheila Aires Cartaxo Gomes (suplente convocada), Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente). Ausente o conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário de fls. 623/640 apresentado em face da decisão de primeiro grau (fls. 605/616) que negou provimento à manifestação de inconformidade formalizada pelo sujeito passivo negando o direito ao crédito do IRRF recolhido, a ser compensado com outro tributo administrado pela Receita Federal.

Dado o didatismo do relatório produzido pelo julgador de primeira instância, transcrevo:

Trata-se de pedido de restituição (fl.01) de valores recolhidos a título de Imposto sobre Lucro Líquido (ILL) apurado nos anos de 1989, 1990 e 1992, no montante de R\$ 2.591.852,15, sob o argumento de que os recolhimentos foram indevidos pelo fato do mencionado imposto ter sido declarado inconstitucional, conforme Resolução do Senado Federal nº 82/96 e o disposto na Instrução Normativa SRF nº 63/97.

2. Por meio do Despacho Decisório às fl.153/155, o pedido de restituição não foi conhecido devido à ocorrência da decadência, uma vez que e os pagamentos foram efetuados durante os anos de 1991, 1992, 1993 e 1994 e o processo protocolado em 18/07/2002.

Da Manifestação de Inconformidade

Intimada do despacho decisório, apresentou manifestação de inconformidade que constou do relatório da decisão recorrida, da seguinte forma:

3. Insatisfeita, a interessada apresentou manifestação de inconformidade contra o despacho decisório, fls.160/169, que foi indeferida pela Autoridade Julgadora (Acórdão DRJ/SPOI nº 7.518, de 14 de julho de 2005, fls.181/187).

4. O contribuinte, então, apresentou recurso voluntário (fls.194/211), provido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, que afastou a decadência e determinou o retorno à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo para enfrentamento do mérito (Acórdão nº 106- 16.623 às fls.321/330).

5.A Fazenda Nacional interpôs Recurso Especial (fls. 386/395) contra acórdão não unânime, que teve o provimento negado pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (Acórdão nº 9202-00.790 – 2ª Turma, fls. 399/405).

6. Foram opostos embargos de declaração pela Fazenda Nacional (fls. 408/410), acolhidos pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls.413/420), para sanear a contradição apontada no Acórdão Embargado, nº 9202-00.790 e rerratificar o resultado do julgamento de maneira a Conhecer do Recurso Especial da Procuradoria e Negar-lhe Provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

7. Assim o presente processo foi devolvido a unidade de origem para análise do mérito.

8. A unidade de origem constatou que os recolhimentos à título de imposto de renda na fonte sobre lucro líquido, conforme cópias dos DARF às fls.116/136, foram confirmados no SINCOR – Consulta dados do pagamento (telas às fls.476/483). Apenas com relação ao DARF de valor Cr\$ 11.896.750,80, a confirmação ocorreu por meio de verificação em microficha nº 1258, pág. 338.139. O valor total atualizado até 01/01/1996 é de R\$ 1.199.760,12, conforme tela abaixo:

Código Receita	Dt Arrec	Moeda	Valor Total	Norma de Execução nº 8/1997		Valor da UFIR	Valor em UFIR	Valor em 01/01/1996 R\$ 0,8287
				Índice	Valor atualiz até 01/01/1996			
0764	30/04/1990	Cruzeiros	11.896.750,80	0,02034040	241.984,67			241.984,67
0764	30/04/1991	Cruzeiros	72.308.406,76	0,00491154	355.145,63			355.145,63
2511	31/07/1992	Cruzeiros	233.158.610,00			2.531,89	92.088,76	76.313,96
2511	31/08/1992	Cruzeiros	282.101.275,63			3.095,94	91.119,75	75.510,94
2511	30/09/1992	Cruzeiros	353.653.990,35			3.840,36	92.088,76	76.313,96
2511	30/10/1992	Cruzeiros	430.844.956,55			4.784,37	90.052,60	74.626,59
2511	30/11/1992	Cruzeiros	532.377.463,31			5.941,85	89.597,93	74.249,81
2511	30/12/1992	Cruzeiros	654.523.008,90			7.268,23	90.052,60	74.626,59
2511	29/01/1993	Cruzeiros	845.238.206,23			9.386,05	90.052,60	74.626,59
2511	26/02/1993	Cruzeiros	1.079.075.991,60			11.982,73	90.052,60	74.626,59
2511	16/12/1994	Real	949,11			0,6618	1.434,13	1.188,47
2511	16/12/1994	Real	436,31			0,6618	659,28	546,34
TOTAL								1.199.760,12

O relatório da decisão recorrida, ainda mencionou as considerações pelas quais a decisão recorrida teria mantido a autuação.

Da Decisão Proferida pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (PA)

Em primeiro grau a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade (fls. 605/616) que restou assim ementada:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1989, 1990, 1992

ILL. DISPONIBILIDADE ECONÔMICA DO LUCRO. FATO GERADOR.

É vedada a constituição de créditos tributários concernente ao ILL no tocante às sociedades anônimas e às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período base de apuração, não preveja a disponibilidade,

econômica ou jurídica, imediata ao sócio quotista, do lucro líquido apurado.

SOCIEDADE POR QUOTAS LIMITADAS. PODER DE DECISÃO. DISPONIBILIDADE JURÍDICA.

O fato de os sócios, em uma “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, poderem dispor, ou participar da deliberação, do destino do “lucro líquido” caracteriza a “disponibilidade imediata, seja jurídica ou econômica.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Como fundamento para a decisão de primeira instância, quanto ao mérito, julgou a manifestação de inconformidade improcedente e não reconheceu o direito creditório sob o entendimento de que:

O Contrato Social da Empresa informa:

Artigo 38 O Balanço Geral será levantado no dia 30 de junho de cada ano e levará, obrigatoriamente, a assinatura da Diretoria. Feitas as necessárias amortizações e provisões, do lucro líquido apurado deduzir-se-ão:

a) 10% (dez por cento) para Fundo de Reserva especial, até que este atinja o valor igual ao do Capital Social;

b) 12% (doze por cento) para serem distribuídos à Diretoria, a título de quotas de administração e aos empregados da sociedade, como gratificação, cabendo à Diretoria fixar o valor das quotas e da gratificação;

c) o saldo do lucro líquido ficará à disposição da Assembléia Geral, que determinará a sua destinação, respeitando-se as limitações legais e as cláusulas do presente contrato social.

Parágrafo primeiro – é lícito à Assembléia Geral criar fundos de reservas.

Parágrafo segundo – no exercício social em que não for distribuído um dividendo mínimo de 6% (seis por cento) sobre o valor do Capital Social, não será aplicado o disposto na letra “b” deste artigo.

Artigo 39 Os dividendos serão distribuídos aos sócios, proporcionalmente ao número de quotas de cada um.

Parágrafo único – poderá, à critério da Diretoria, ser feita distribuição antecipada de dividendos, que deverá ser posteriormente homologada pela Assembléia Geral.

Assim, a seqüência descrita no art.38 é:

1- Apura-se o balanço geral, na data indicada;

2- Apura-se o lucro, e dele se extraem as provisões a amortizações “necessárias”;

3- Apura-se o lucro líquido e dele deduzem-se:

a) 10% para fundo de reserva especial;

b) 12% para serem distribuídos à Diretoria, a título de quotas de administração e aos empregados da sociedade, como gratificação, cabendo à Diretoria fixar o valor das quotas e da gratificação;

c) o restante do lucro líquido ficará à “disposição da Assembléia Geral, que determinará a sua destinação”;

A alínea “c” do art. 38 indica que o “restante do lucro líquido” está à disposição da “Assembléia Geral” para que seja determinada a sua destinação.

Deve ser observada a “natureza jurídica” da sociedade em análise: a situação concreta é de uma “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, assim, a parcela do lucro descrita na alínea “c” não está à disposição da “Assembléia Geral”, como, de maneira imprópria, descreve o contrato social, podendo dar similaridade a uma Sociedade por Ações”, mas, sim, à disposição dos sócios quotistas, para deliberarem acerca do destino do restante do lucro líquido.

O fato de os sócios, em uma “sociedade por quotas de responsabilidade limitada”, poderem dispor, ou participar da deliberação, do destino do “lucro líquido” caracteriza a “disponibilidade imediata, seja jurídica ou econômica”!

Não há como alegar a inoccorrência do fato gerador do tributo por ausência de disponibilidade imediata, seja jurídica ou econômica, ao sócio quotista do lucro líquido da empresa, uma vez que o contrato social já estipula esta disponibilidade imediata, dentro da parcela restante do lucro líquido que ficará à “disposição da Assembléia Geral, que determinará a sua destinação”.

Pelo artigo 38, item b, e artigo 39, verifica-se que há a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado ao final de cada exercício, conforme exposto no item 11, sendo, portanto, devido o Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido.

Há o fato gerador do tributo!

Cientificada desta decisão (fl. 619), apresentou Recurso Voluntário.

Do Recurso Voluntário

Considerando esses fatos, foi apresentado recurso voluntário para este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF.

Este recurso compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório do necessário.

Voto Vencido

Conselheiro Relator - Douglas Kakazu Kushiya

O Recurso Voluntário é tempestivo e dele conheço.

Em apertada síntese, a presente lide administrativa gira em torno de direito creditório decorrente de valores recolhidos a título de Imposto sobre o Lucro Líquido ILL, em razão de declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.0581/SC, ratificada pela Resolução do Senado Federal nº 82/1996 e pela Instrução Normativa SRF nº 63/1997.

O dispositivo que fundamenta a presente discussão é o disposto no artigo 35 da Lei 7.713/88, que assim dispõe:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a questão no citado Recurso Extraordinário nº 172.0581/SC, exarou o Acórdão, pontuando segregadamente suas conclusões para cada um dos sujeitos passivos elencados na regra de incidência tributária, sendo, para fins didáticos, oportuno relembra-las:

(...) 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. 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 n.º 6.404/76. IMPOSTO DE RENDA RETENÇÃO NA FONTE TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei n.º 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. (...)

Após esta decisão, o Senado Federal exarou a Resolução nº 82/1996, que assim dispõe:

Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.

O caso em questão envolve sociedade empresarial organizada em cotas, sob a forma de responsabilidade limitada, sendo, portanto, aplicável ao caso concreto as conclusões do STF acima para IMPOSTO DE RENDA RETENÇÃO NA FONTE DO SÓCIO COTISTA, em que restou evidenciada a compatibilidade da exigência com a Constituição Federal exclusivamente nos casos em que os respectivos contratos sociais contenham previsão de disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento do exercício.

Portanto, o cerne da questão para a solução da celeuma administrativa instaurada nos presentes autos reside na avaliação dos termos do Contrato Social da requerente, para identificar se há ou não previsão de disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido apurado, no encerramento do exercício, aos sócios.

Em outros termos, questão principal nos presentes autos é avaliar as cláusulas do contrato social da Recorrente constante às fls. 564/578 e analisar se há a disponibilidade econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado ao final de cada exercício.

Da transcrição do Capítulo XII - Do Balanço Geral, Lucros e Sua Distribuição no contrato social:

Artigo 38 O Balanço Geral será levantado no dia 30 de junho de cada ano e levará, obrigatoriamente, a assinatura da Diretoria. Feitas as necessárias amortizações e provisões, do lucro líquido apurado deduzir-se-ão:

a) 10% (dez por cento) para Fundo de Reserva especial, até que este atinja o valor igual ao do Capital Social;

b) 12% (doze por cento) para serem distribuídos à Diretoria, a título de quotas de administração e aos empregados da sociedade, como gratificação, cabendo à Diretoria fixar o valor das quotas e da gratificação;

c) o saldo do lucro líquido ficará à disposição da Assembléia Geral, que determinará a sua destinação, respeitando-se as limitações legais e as cláusulas do presente contrato social.

Parágrafo primeiro – é lícito à Assembléia Geral criar fundos de reservas.

Parágrafo segundo – no exercício social em que não for distribuído um dividendo mínimo de 6% (seis por cento) sobre o

valor do Capital Social, não será aplicado o disposto na letra “b” deste artigo.

Artigo 39 Os dividendos serão distribuídos aos sócios, proporcionalmente ao número de quotas de cada um.

Parágrafo único – poderá, à critério da Diretoria, ser feita distribuição antecipada de dividendos, que deverá ser posteriormente homologada pela Assembléia Geral.

Além disso, o próprio contrato social prevê em seu artigo 20:

Artigo 20 Haverá anualmente, uma Assembléia Geral Ordinária, que tomará as contas da Diretoria, examinará e discutirá o balanço, sobre eles deliberado.

Parágrafo único. A assembléia Geral Ordinária realizar-se-á nos quatro primeiros meses após terminação do exercício social

Da análise das cláusulas transcritas, podemos verificar que não há a disponibilidade imediata, seja jurídica ou econômica.

No caso, pelas cláusulas do contrato social, para que haja a disponibilização aos sócios quotistas, apenas após a deliberação da assembleia geral, de modo que não é possível se considerar como disponibilidade imediata, jurídica ou econômica.

Conclusão:

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer o direito à restituição/compensação pleiteada.

(assinado digitalmente)

Relator - Douglas Kakazu Kushiyama

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Redator designado

Em que pese a pertinência das razões e dos fundamentos legais contidos no voto do Ilustre Relator, com a devida vênia, ousou divergir de suas conclusões, nos termos da fundamentação abaixo.

Como bem destacou o nobre Relator, a lide administrativa gravita em torno de direito creditório decorrente de valores recolhidos a título de Imposto sobre o Lucro Líquido - ILL, em razão da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC, ratificada pela Resolução do Senado Federal nº 82/1996 e pela Instrução Normativa SRF nº 63/1997.

A Decisão *a quo*, a partir da análise dos termos do Contrato Social da recorrente, indeferiu o pleito por considerar que *o fato de os sócios, em uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, poderem dispor, ou participar da deliberação, do destino do lucro líquido caracteriza a disponibilidade imediata, seja jurídica ou econômica.*

A citada exigência do Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido tem lastro legal no artigo 35 da Lei 7.713/88, que assim dispõe:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

Nos autos do Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC, o Supremo Tribunal Federal avaliou a compatibilidade de tal exigência com os termos da Constituição Federal, tendo concluindo:

(...) 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. 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 n.º 6.404/76. IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - TITULAR DE EMPRESA INDIVIDUAL. O artigo 35 da Lei n.º 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. (...) Grifou-se.

A partir de tal decisão, o Senado Federal exarou a Resolução nº 82/1996, que suspendeu a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.

No Julgamento do citado Recurso Extraordinário nº 172.058-1/SC, o Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, pontuou:

“Ora, a ordem jurídica revela-nos que a aquisição da disponibilidade, quer econômica ou jurídica dos lucros líquidos das pessoas jurídicas não ocorre, quanto ao sócio cotista e aos acionistas, na data da apuração, ou seja, do encerramento do período-base. É base que a legislação vigente – Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1986 (sic) – afasta a automaticidade

indispensável a que se possa cogitar da aquisição da disponibilidade. À assembleia geral ordinária das sociedades anônimas compete deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos (inciso II do artigo 132), sendo que, juntamente com as demonstrações financeiras do exercício, os órgãos da administração da companhia apresentarão à assembleia geral ordinária proposta sobre a destinação acertada ao lucro líquido do exercício (artigo 192).

(...)

Pois bem, diante do contexto legal supra, impossível é dizer da aquisição da disponibilidade jurídica pelos acionistas com a simples apuração, e na data respectiva, do lucro líquido pelas pessoas jurídicas. O encerramento do período-base aponta-o, mas o faz relativamente a situação que não extravasa o campo de interesse da própria sociedade. Ocorre, é certo, uma expectativa, mas, enquanto simples expectativa, longe fica de resultar na aquisição da disponibilidade erigida pelo artigo 43 do Código Tributário Nacional como fato gerador. (...)

(...)

Relativamente às sociedades por quotas, cumpre sempre perquirir, à luz do contrato social, a disciplina do lucro líquido. Prevista a imediata disponibilidade econômica ou mesmo jurídica ou, ainda, definição diversa a exigir a manifestação de vontade de todos os sócios, tem-se o fato gerador fixado no artigo 43 do Código Tributário Nacional. No caso, não se abre campo propício à aplicação da Lei das Sociedades Anônimas, porque sempre subsidiária, a depender do silêncio do contrato social e à compatibilização ante as regras mínimas previstas do Decreto nº 3.708/19.” (destaques acrescidos)

No caso sob apreço, como bem indicou o Ilustre Relator, o cerne da questão para a solução da celeuma administrativa instaurada nos presentes autos reside na avaliação dos termos do Contrato Social da requerente, para identificar se há ou não previsão de disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido, apurado no encerramento do exercício, aos sócios.

Neste momento, salutar reproduzir os termos do Contrato Social no que tange à destinação dos lucros, fl. 98:

Capítulo XII - Do Balanço Geral, Lucros e Sua Distribuição no contrato social:

Artigo 38 O Balanço Geral será levantado no dia 30 de junho de cada ano e levará, obrigatoriamente, a assinatura da Diretoria. Feitas as necessárias amortizações e provisões, do lucro líquido apurado deduzir-se-ão:

- a) 10% (dez por cento) para Fundo de Reserva especial, até que este atinja o valor igual ao do Capital Social;*
- b) 12% (doze por cento) para serem distribuídos à Diretoria, a título de quotas de administração e aos empregados da sociedade, como gratificação, cabendo à Diretoria fixar o valor das quotas e da gratificação;*

c) o saldo do lucro líquido ficará à disposição da Assembléia Geral, que determinará a sua destinação, respeitando-se as limitações legais e as cláusulas do presente contrato social.

Grifou-se.

O caso em questão envolve sociedade empresarial, à época dos fatos, organizada em cotas, sob a forma de responsabilidade limitada, sendo, portanto, aplicável ao caso concreto as conclusões do STF acima para IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA, acima grifadas, em que estou evidenciada a compatibilidade da exigência tributária com a Constituição Federal exclusivamente nos casos em que os respectivos contratos sociais contenham previsão de disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data do encerramento do exercício ou, ainda, definição diversa a exigir a manifestação de vontade de todos os sócios quanto a destinação do lucro.

Nota-se que o Ministro Marco Aurélio ressaltou que, no caso, não se abre campo propício à aplicação da Lei das Sociedades Anônimas, porque sempre subsidiária, a depender do silêncio do contrato social e à compatibilização ante as regras mínimas previstas do Decreto nº 3.708/19.

O Contrato Social em tela traz expressões tipicamente aplicáveis às Sociedade por Ações, com expressa previsão de disponibilidade do lucro líquido à Assembléia Geral, que determinará sua destinação. Assim, oportuno verificar, nos termos do mesmo Contrato, fl. 84, a composição de tal "Assembleia Geral".

Capítulo VI

Da Assembléia Geral

Art. 10. A Assembléia Geral é a reunião dos sócios, convocada e instalada na forma deste contrato, a fim de deliberar sobre matéria de interesse social.

Portanto, na essência, quando o Contrato Social prevê que a destinação do lucro é determinada pela Assembleia Geral, expressa que tal deliberação decorre de reunião de seus sócios cotistas.

Assim, a disponibilização do lucro aos sócios cotistas para que estes promovam a destinação que melhor atender aos interesses próprios e societários configura disponibilidade jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, evidenciando a explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional.

Não discute nos autos se o lucro em questão teria sido ou não efetivamente distribuído. Contudo, tal fato, neste caso específico, é irrelevante para se configurar a disponibilidade jurídica para fins de tributação pelo ILL, já que, como regra, a apuração de lucro no balanço do exercício constitui, para os sócios cotistas, direito que se acham investidos de forma irrenunciável.

Portanto, neste caso, o Imposto sobre o Lucro Líquido é devido, não havendo que se falar em recolhimento indevido a amparar o direito creditório pleiteado.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo