



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA TURMA ESPECIAL**

Processo nº 10882.001144/00-87
Recurso nº 130.909 Voluntário
Matéria Imposto sobre a Renda Retido na Fonte -IRF - Exs.: 1990 a 1993
Acórdão nº 192-00.177
Sessão de 03 de fevereiro de 2009
Recorrente MACPRADO PRODUTOS OFTÁLMICOS LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993

ILL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

Nos casos de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o Eg. Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a exigência do ILL quando o contrato social da empresa não tivesse previsão de distribuição automática de lucros.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Turma Especial do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO
Presidente

RUBENS MAURÍCIO CARVALHO
Relator

FORMALIZADO EM: 03 JUN 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Sandro Machado dos Reis e Sidney Ferro Barros.

Relatório

Para descrever a sucessão dos fatos deste processo até o julgamento na Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ), adoto o relatório do acórdão de fls. 619 a 625 da instância *a quo, in verbis*:

Trata-se da manifestação de inconformidade de fls. 598/614, protocolizada em 05/07/2007, contra o ato de indeferimento de direito creditório e de indeferimento de parte das compensações, e de não-conhecimento de outra parte das compensações, formalizado no Despacho Decisório da DRF Osasco/SP, de fls. 589/595, datado de 21/05/2007.

Após afastada a decadência do pedido de restituição de fls. 01, protocolizado em 03/07/2000, por decisão definitiva do Conselho de Contribuintes (Acórdão nº 102-45.915, de 29/01/2003, cientificado ao contribuinte em 13/12/2004), a DRF Osasco/SP *não reconheceu o direito creditório* relativo ao ILL pago entre 27/04/1990 e 31/03/1993, tendo em conta: (i) que os contratos sociais vigentes no período previam a disponibilidade jurídica imediata aos sócios cotistas do lucro líquido apurado; e (ii) que a pessoa jurídica não teria comprovado a assunção do encargo financeiro do ILL ou estar autorizada a restituí-lo, nos termos do art. 166 do CTN.

No que tange aos pedidos de compensação de fls. 24/27, protocolizados entre 13/09/2000 e 26/10/2000, no valor originário de R\$ 72.526,01, conforme demonstrativo abaixo, a DRF Osasco/SP *indefereu a compensação* em decorrência do não reconhecimento do direito creditório:

Fls.	Protocolo	Tributo	Per. Apur.	Vencimento	Valor
24	26/10/2000	2172	set/2000	13/10/2000	18.010,41
25	13/09/2000	2172	jun/2000	14/07/2000	17.001,19
26	13/09/2000	2172	ago/2000	15/09/2000	21.874,80
27	13/09/2000	2172	jul/2000	15/08/2000	15.639,61
Total					72.526,01

Em relação aos demais pedidos de compensação (no valor originário total de R\$ 400.419,66 - cf. relação abaixo), protocolizados depois da data da ciência, ocorrida em 08/11/2000, da Decisão Sesit nº 789, de 30/10/2000 (fls. 28), de indeferimento do pedido de reconhecimento do indébito tributário, a DRF Osasco/SP *não conheceu dos pedidos*:

Fls.	Protocolo/Data do Pedido	Tributo	Per. Apur.	Vencimento	Valor
151	20/11/2000	2172	out/2000	14/11/2000	20.921,55
155	20/02/2001	2172	jan/2001	15/02/2001	18.980,92
300	04/09/2001	2172	nov/2000	15/12/2000	16.325,25
301	04/09/2001	2172	dez/2000	15/01/2001	15.396,46
302	04/09/2001	2172	fev/2001	15/03/2001	16.544,75
		2172	mar/2001	12/04/2001	18.960,71
		2172	abr/2001	15/05/2001	12.373,36
		2172	mai/2001	15/06/2001	19.472,64
		2172	jun/2001	13/07/2001	12.964,12
		2172	jul/2001	15/08/2001	16.204,64
304	21/09/2001	2172	ago/2001	14/09/2001	19.448,98

11

Fls.	Protocolo/Data do Pedido	Tributo	Per. Apur.	Vencimento	Valor
306	18/10/2001	2172	set/2001	15/10/2001	19.089,46
307	03/12/2001	2172	out/2001	14/11/2001	19.164,83
308	20/12/2001	2172	nov/2001	14/12/2001	19.778,67
309	05/02/2002	2172	dez/2001	15/01/2001	12.417,79
373	26/02/2002	2172	jan/2002	15/02/2002	19.245,03
386	14/03/2002	2172	fev/2002	15/03/2002	17.403,52
394	15/04/2002	2172	mar/2002	15/04/2002	14.950,31
395	14/05/2002	2172	abr/2002	15/05/2002	21.231,39
396	10/06/2002	2172	mai/2002	14/06/2002	17.917,07
397	19/07/2002	2172	jun/2002	15/07/2002	13.314,16
398	07/08/2002	2172	jul/2002	15/08/2002	20.404,45
399	23/09/2002	2172	ago/2002	13/09/2002	17.909,60
Total					400.419,66

Cientificada da decisão em 06/06/2007 (cf. Aviso de Recebimento – AR de fls. 596), a contribuinte, por intermédio de seu representante legal e de seu procurador (cf. Contrato Social de fls. 444/452 e Instrumento de Mandato de fls. 453), protocolizou a manifestação de inconformidade de fls. 598/614, em 05/07/2007, aduzindo em sua defesa as seguintes razões de fato e de direito.

Questiona o fato de o órgão local e a DRJ Campinas/SP, anteriormente, terem se manifestado exclusivamente sobre a decadência do pedido de restituição, sem qualquer apreciação de outras preliminares e das questões de mérito envolvidas. No entender da defesa, a DRF Osasco/SP teria extrapolado a determinação do Conselho de Contribuintes, ao analisar novamente: (i) as preliminares, e julgar pela ilegitimidade da empresa para pedir a restituição do ILL, nos termos do art. 166 do CTN; (ii) o mérito, e indeferir o pedido de restituição, porque o contrato social à época vigente previa a disponibilidade imediata aos sócios cotistas do lucro apurado. Contesta o fato de tais questões não terem sido apreciadas nas primeiras decisões, e somente agora estarem sendo utilizadas como fundamento do indeferimento do indébito tributário.

Assevera, com base em doutrina, serem as preliminares questões a serem resolvidas antes do mérito, e como relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais deveriam ser resolvidas no primeiro momento pelos órgãos julgadores.

Insurge-se contra a apreciação das preliminares, quando o Conselho de Contribuintes teria determinado apenas a análise de mérito do pedido - defende não ter havido a devolução de toda matéria à apreciação. Invoca a preclusão do direito de a autoridade local indeferir o pedido de restituição com base nos fundamentos adotados.

Nas preliminares, argui a decadência do direito de apreciação do indébito tributário relativo ao ILL. Refere-se ao prazo de homologação tácita do crédito tributário e ao prazo decadencial para lançamento especificamente do ILL (art. 150, §4º do CTN). Nas palavras da defesa:

"Face ao exposto, a manifestante protesta pelo cancelamento da decisão proferida pelo Auditor Fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Osasco, por entender que o direito do Fisco de rever o lançamento efetuado pelo contribuinte foi atingido pela decadência. É importante salientar que o Conselho de Contribuintes afastou a decadência do contribuinte pleitear o indébito tributário, levando em

JP

consideração o prazo de cinco anos da data da publicação do Senado Federal, consequentemente cabe ao Fisco o mesmo prazo para apreciação do Pedido de Restituição, que se iniciou no ano de 2000 com seu protocolo”.

No mérito, afirma que as disposições contratuais no sentido de que “os lucros ou prejuízos verificados anualmente, por balanço geral, realizado em 31 de dezembro de cada ano, serão divididos proporcionalmente entre os sócios” não significaria a disponibilidade econômica ou jurídica ou a distribuição imediata aos sócios do lucro apurado. Na verdade, seria apenas reprodução do art. 330 do Código Comercial á época vigente:

“Art. 330. Os ganhos ou perdas são comuns a todos os sócios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social; salvo se outra coisa for expressamente estipulada no contrato” [grifos do original].

Transcreve ementa de julgado do Conselho de Contribuintes na qual constaria que a expressão “divididos ou suportados na proporção do capital de cada sócio” não significaria disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro apurado.

Defende que como a redação do contrato social não teria permitido concluir pela disponibilidade jurídica ou econômica do lucro apurado aos sócios, o ônus da prova de tal disponibilidade seria do Fisco. Fundamenta-se na IN SRF nº 63 de 24/07/1997.

No tocante à legitimidade da empresa para pedir a restituição/compensação do ILL pago, argumenta que tal pressuposto processual já teria sido superado pelas decisões anteriores, não sendo válida a interposição de novos fundamentos para indeferimento do pedido. Assevera afronta ao direito adquirido já garantido por decisão anterior do Conselho de Contribuintes. Caracteriza a preclusão do direito de alegar a ilegitimidade da parte.

Acrescenta ainda que o direito à compensação do ILL seria das pessoas jurídicas que auferiram os lucros tributáveis, como responsáveis pelo cálculo, contabilização e pagamento do tributo, apesar de a legislação definir que os contribuintes seriam os sócios cotistas, os acionistas ou os titulares de empresas individuais.

Refere-se ao fato de os atos normativos, no caso a IN SRF nº 139, de 22/12/1989, terem definido a pessoa jurídica como sendo a contribuinte do tributo. Ademais, ressalta que era obrigação da empresa informar o valor devido na DCTF e na DIRPJ e que, em caso de infração à legislação do IRPJ, o ILL também era exigido da empresa como tributação reflexa.

Transcreve julgado do Conselho de Contribuintes em favor da legitimidade ativa da empresa nos processos de restituição/compensação de indébito tributário decorrente do ILL.

Advoga a inaplicabilidade do art. 166 do CTN à restituição de indébito tributário do ILL, por não comportar transferência do respectivo encargo financeiro, com base em jurisprudência do STJ - REsp 229579.

Requer a reforma da decisão administrativa.

Considerando esses fatos, as alegações da impugnação e demais documentos que compõem estes autos, o órgão julgador de primeiro grau, ao apreciar o litígio, em votação

unânime, não acatou as preliminares de nulidade, mantendo o indeferimento da solicitação, resumindo o seu entendimento na seguinte ementa:

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. ATO DE NÃO-CONHECIMENTO DA COMPENSAÇÃO. RECURSO INCABÍVEL NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

A manifestação de inconformidade com o condão de percorrer os órgãos administrativos de julgamento e atribuir a suspensão da exigibilidade dos débitos compensados é apenas aquela interposta contra ato de não homologação de declaração de compensação, apresentada nos termos do art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002 DOU de 30/08/2002 (convertida na Lei nº 10.637, de 2002).

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ILL. LEGITIMIDADE ATIVA. PRECLUSÃO. INAPLICABILIDADE.

Nos termos da legislação processual, a legitimidade ativa da contribuinte para o pedido de restituição ou compensação de indébito tributário é matéria a ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo incabível a invocação de preclusão processual.

ILL. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA.

A restituição de tributos que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

No caso do ILL, a transferência do ônus se opera por força de Lei, na medida em que, os contribuintes, que devem arcar com o encargo financeiro, por ocasião da efetiva distribuição dos lucros e dividendos, são os sócios quotistas, acionistas ou titulares das empresas individuais. O tributo somente é devido pela pessoa jurídica na qualidade de responsável pela retenção.

ILL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

Comprovada, nas disposições dos contratos sociais vigentes na data de ocorrência dos fatos geradores, a plena disponibilidade jurídica e econômica, pelos sócios cotistas, dos lucros apurados, a incidência do ILL não se configura indevida.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, de fls. 631 a 668, repisando, os mesmos argumentos trazidos na sua impugnação dirigida à DRJ, alegando em síntese:

- a) Que a DRF deveria ter argüido todas as questões preliminares na primeira análise, inclusive em relação à legitimidade das partes, assim como fez com a decadência, sob pena de preclusão da administração para indeferir o pedido com

base nessas alegações. Ou seja, a administração teve decaído o seu direito de apreciar o crédito tributário relativo ao ILL;

- b) Que diferentemente do que consta no acórdão recorrido, não há no contrato social da empresa a previsão de distribuição imediata do lucro apurado aos sócios, pois, partindo-se da verdade material, conclui-se que a expressão: “serão dividido proporcionalmente entre os sócios”, não tem o significado de disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelo sócios, do lucro arbitrado;
- c) Defende o seu direito de figurar como agente ativo da lide, por ser responsável pelo cálculo, contabilização e pagamento do tributo e
- d) Requerer ao final, pelo provimento ao recurso e deferimento da compensação.

Dando prosseguimento ao processo este foi encaminhado para o Primeiro Conselho de Contribuintes para julgamento.

É O RELATÓRIO.



Voto

Conselheiro RUBENS MAURÍCIO CARVALHO, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972. Assim sendo, dele conheço.

PRELIMINARES.

Reclama a contribuinte que o fato do mérito não ter sido atacado inicialmente pelas decisões administrativas, teria decaído o direito da administração de análise dessas questões, o que significa dizer que o processo teria sido eivado pela preclusão consumativa no que tange a capacidade da administração tributária de analisar o mérito do processo.

Encontramos vasta jurisprudência nesse Egrégio Conselho onde essa situação foi enfrentada, v.g:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – NULIDADE DE ACÓRDÃO – Verificada a ocorrência de equívoco em acórdão prolatado pela Câmara, anula-se a sua decisão para adequá-la à realidade da lide, consoante § 2º do artigo 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do MF (Portaria MF n° 55/98). (Acórdão 103-19783)

Não se pode arguir prejuízos ao contribuinte, já que tal medida de re-análise é justamente tornada para garantia do devido processo legal e ampla defesa em todas as esferas contenciosas administrativas. Assim, rejeito essa preliminar.

Quanto à legitimidade para pedir, a questão constituiu levantamento de iniciativa do digno relator de primeira instância, a título de preliminar, entendo que a requerente é parte legítima para pleitear a restituição do ILL, tendo em vista não estar comprovado nos autos que o ônus do tributo tenha recaído sobre terceiros, e assim, passo a análise do mérito.

MÉRITO

Assim, afastada a decadência do direito de pedir da recorrente, resta analisar o contrato social, haja vista que, nos casos de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o Eg. Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a exigência do ILL quando o contrato social da empresa não tivesse previsão de distribuição automática de lucros.

Nesse sentido o art. 1º da IN SRF n° 63, de 1997, o qual vedou a constituição de créditos tributários concernentes ao ILL no tocante às sociedades por quotas de responsabilidade limitada nos casos em que o contrato social, na data do encerramento período-base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado, *verbis*:



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 às demais sociedades nos casos em 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 espécie, a cláusula oitava do contrato social, à fl. 481, estabelece o seguinte:

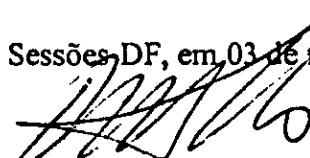
"8 – Os lucros ou prejuízos verificados anualmente, por balanço geral, realizado em 31 de dezembro de cada ano, serão divididos proporcionalmente entre os sócios. Os sócios poderão, a título de antecipação de lucros, realizar retiradas mensais cujos montantes serão proporcionais às respectivas quotas de capital".

Não obstante as interpretações e vastos argumentos do contribuinte, configura-se evidentemente o descumprimento de condição necessária para que seja processado o pedido da recorrente em relação à restituição do ILL, qual seja a presença no contrato social da empresa de previsão de distribuição automática de lucros aos sócios.

Assim, constatada a irregularidade supra descrita, tendo sido observadas as respectivas legislações regentes das matérias e não tendo a contribuinte apresentado qualquer prova ou argumento capaz de garantir o exercício do direito solicitado, deve ser indeferida a solicitação.

Pelo exposto, NEGO O PROVIMENTO DO RECURSO.

Sala das Sessões, DF, em 03 de fevereiro de 2009.


RUBENS MAURÍCIO CARVALHO