



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

Processo nº 10930.003903/2001-94
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1402-002.424 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de março de 2017
Matéria ILL - RESTITUIÇÃO
Recorrente REXCON ENGENHARIA CIVIL E CONSTRUÇÕES LTDA (Denominação anterior: Dinardi Engenharia Civil e Construções Ltda)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1989

ILL. INCIDÊNCIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA LIMITADA. DISPONIBILIDADE JURÍDICA DO LUCRO LÍQUIDO APURADO CONSTATADA.

Se na data do encerramento do período-base de apuração, o sócio quotista de sociedade empresária limitada tiver disponibilidade jurídica ou econômica do lucro líquido apurado, incidirá a norma do artigo 35, da Lei 7.713/88 e a cobrança do ILL não estará maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS PRÓPRIOS. DESPACHO DECISÓRIO.

O despacho decisório que indeferir a restituição de crédito tributário, negando os pedidos de compensação realizados com base na expectativa do deferimento da restituição, quando decidir manter a glosa dos débitos que não foram compensados, deve o fazer dentro do prazo decadencial de cinco anos previsto no artigo 173 do CTN, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para reconhecer a homologação tácita dos três pedidos de compensação formalizados em 25/07/2002 e 24/02/2003.

(assinado digitalmente)

Leonardo de Andrade Couto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Leonardo de Andrade Couto (Presidente), Demetrius Nichele Macei, Leonardo Luis Pagano Gonçalves, Caio Cesar Nader Quintella, Paulo Mateus Ciccone, Luiz Augusto de Souza Gonçalves e Fernando Brasil de Oliveira Pinto. Ausente justificadamente o Conselheiro Lucas Bevilacqua Cabianca Vieira.

Relatório

Adoto, em sua integralidade, o relatório do acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Curitiba, com as devidas atualizações.

"Trata o processo de pedido de restituição (fl. 01), protocolado em 21/11/2001, de R\$ 87.351,84 de Imposto Sobre o Lucro Líquido-ILL, do exercício de 1990, ano-base 1989, valor este correspondente à atualização até novembro/2001 do recolhimento de Cr\$ 1.900.978,00 efetuado em 30/04/1990 (fls. 23 e 100), cumulado com os seguintes pedido e declarações de compensação:

- Pedido de Compensação protocolado em 25/07/2002 (fl. 104): compensação dos débitos COFINS dos meses de abril (R\$ 1.512,30), maio (R\$ 1.058,47) e junho/2002 (R\$ 1.864,66);
- Declaração de Compensação protocolado em 24/02/2003 (fl. 105-106): compensação dos débitos de COFINS dos meses de julho (R\$ 1.139,97), agosto (R\$ 1.120,31) e setembro/2002 (R\$ 1.109,85);
- Declaração de Compensação protocolado em 24/02/2003 (fl. 107-108): compensação dos débitos de COFINS dos meses de outubro (R\$ 579,98), novembro (R\$ 802,78) e dezembro/2002 (R\$ 4.335,06).

A DRF/Londrina, por meio do Despacho Decisório proferido em 12/07/2002 (fls. 25-27), julgou improcedente o pedido de restituição em face do decurso do prazo decadencial de cinco anos.

Esta DRJ, por meio do Acórdão nº 4.569, de 26/09/2003 (fls. 35-41), não acolheu a reclamação contra a decisão da DRF/Londrina (fls. 29-32), em razão da decadência e da ilegitimidade da interessada para postular a restituição.

Contudo, a Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, ao apreciar o Recurso Voluntário de fls. 43-49, por meio do Acórdão nº 102-46937, sessão de 07/07/2005 (fls. 77-88), por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso para afastar a preliminar de ilegitimidade passiva (sic) e, por maioria, a de decadência, determinando o retorno dos autos à 1ª Turma da DRJ/Curitiba para enfrentamento do mérito.

Portanto, para possibilitar a análise do direito creditório indicado, a interessada foi intimada pela Saort da DRF/Londrina, por via postal, em 26/11/2009 (fl. 103), a apresentar cópia do contrato social e alterações e os Livros Diário e Razão originais dos anos-calendário de 1989 e 1990 (fl. 102). Em resposta, a contribuinte apresentou os documentos de fls. 110-158 e parte dos livros contábeis solicitados, sendo que as folhas de interesse para solução do litígio foram copiadas e juntadas às fls. 159-176 do presente processo.

Em 08/07/2010, a DRF/Londrina proferiu o Despacho Decisório de fl. 185, com base no Parecer SAORT/DRF/LON nº 830/2010 (fls. 180-184), indeferindo o pedido de restituição do ILL do exercício de 1990, ano-base 1989. Foi considerado que o ILL é devido em face de o contrato social da interessada prever que os resultados serão atribuídos aos sócios proporcionalmente às suas quotas de capital, podendo os lucros a critérios dos sócios serem distribuídos ou ficarem em reserva na sociedade, ou seja, como a destinação do lucro líquido depende de disposição dos sócios a respeito, deu-se a situação configuradora da

disponibilidade jurídica dos rendimentos. Em consequência, restaram não homologadas as compensações declaradas nos autos.

Regularmente cientificada desse Despacho Decisório, por via postal, em 20/07/2010 (AR à fl. 196), conforme Intimação nº 1.728/2010 (fl. 189), a reclamante apresentou, em 09/08/2010, a manifestação de inconformidade de fls. 197-202, trazendo as alegações a seguir sintetizadas:

- a) argúi que para solução do litígio é necessário apenas definir se o lucro apurado caracteriza ou não disponibilidade econômica ou jurídica de renda, conforme previsto no art. 43 do CTN;
- b) que parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 63, de 1997, dispôs que a vedação à constituição de créditos de ILL se aplica às demais sociedades (além das sociedades anônimas) cujos contratos sociais não previsssem a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado;
- c) que, nesta mesma diretriz, o Parecer Cosit nº 58, de 1998, autorizou a restituição de tributo cobrado com base em lei declarada inconstitucional pelo STF ou, se na via indireta, quando ocorrer a suspensão de execução da lei ou do ato normativo pelo Senado Federal;
- d) assevera que a disponibilidade tem que ser imediata, isto é, na apuração do lucros em 31 de dezembro, o que não ocorreu no caso em tela; que não distribuiu lucros a seus sócios e que, portanto, não ocorreu a disponibilidade imediata, conforme se pode deduzir do texto constante da Cláusula Décima Quarta do seu Contrato Social;
- e) que os lucros são apenas expectativas que poderão ter destinação diversa, inclusive reinvestidos na própria empresa, ou distribuídos aos empregados, não caracterizando disponibilidade imediata, nem econômica e nem jurídica;
- f) ao final, requer seja esta manifestação de inconformidade acolhida, em todos os seus termos, para que seja feita a devida justiça fiscal."

Passo, agora, a complementar o relatório da DRJ de Curitiba-PR, cuja decisão restou assim ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1989

**NULIDADE DA DECISÃO ANTERIOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.
REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO.**

Tendo o Conselho de Contribuintes anulado a decisão anterior de primeira instância, ao dar provimento ao recurso para afastar as preliminares de ilegitimidade ativa e de decadência, determinando o retorno dos autos a esta DRJ para enfrentamento do mérito, procede-se a novo julgamento.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE – IRRF

Ano-calendário: 1989

ILL. SOCIEDADE POR QUOTA DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

Somente é indevida a 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 quando prever, independentemente de 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.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA DE SUA ULTERIOR HOMOLOGAÇÃO.

A compensação declarada pelo sujeito passivo, na qual constam informações relativas aos créditos utilizados e aos débitos a serem compensados, extingue o crédito tributário sob condição resolutória de sua ulterior homologação.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO CREDITÓRIO INFORMADO NO PEDIDO/DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO.

Inexistindo o direito creditório informado no pedido/declaração de compensação, é de se considerar não-homologada a compensação declarada.

Manifestação de Inconformidade Improcedente.

Direito Creditório Não Reconhecido

Inconformada com a decisão acima, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário a este Conselho, mediante o protocolo de duas petições (fls. 292-295 e fls. 365-372), dentro do prazo recursal, reiterando o que foi defendido em impugnação (fls. 365-372), bem como arguindo a prescrição da cobrança do Cofins declarado em 2002, período de abril a dezembro/02 (fls. 292-295).

Não há Recurso de Ofício.

Também não há contrarrazões pela PGFN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Demetrius Nichele Macei - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual, dele conheço.

O contribuinte, dentro do prazo recursal de 30 (trinta) dias que lhe faculta a legislação para a interposição de Recurso Voluntário dirigido a este Conselho Administrativo, protocolou duas petições administrativas, conforme disposto no relatório, sendo que em uma das petições reiterou os argumentos apresentados em impugnação, julgados pela DRJ de Curitiba e, na outra, trouxe uma tese nova aos autos, pleiteando, em síntese, a “prescrição da cobrança do COFINS declarado em 2002”.

Por serem dois assuntos vinculados ao caso concreto, mas dispostos, já no recurso do contribuinte, de maneira apartada, enfrentaremos o tema em dois tópicos, conforme segue.

1. DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ILL

O pleito de restituição de ILL, recolhido pelo contribuinte em 30/04/1990, cujo pedido de restituição foi protocolado em 21/11/2001, já foi objeto de decisão, nestes autos, quanto à inocorrência da decadência do direito à restituição.

A controvérsia, portanto, cinge-se ao reconhecimento, ou não, da inconstitucionalidade da cobrança do ILL, com fundamento no art. 35, da Lei nº 7.713/88 (abaixo transcrito), de “sócio quotista” à vista da Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, que suspendeu a execução do referido art. 35 no que diz respeito à expressão “o acionista” nele contida, uma vez que foi a partir da edição dessa Resolução do Senado que se contou o prazo decadencial do direito de pleitear a restituição no presente feito, combinado com o disposto na Instrução Normativa SRF nº 63, de 24/07/1997, da qual se extrai o seguinte excerto:

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.

(sublinhamos)

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.

Art. 2º Ficam os Delegados e Inspectores da Receita Federal autorizados a rever de ofício os lançamentos referentes à matéria de que trata o artigo anterior, para fins de alterar, total ou parcialmente, o respectivo crédito da Fazenda Nacional.

Art. 3º Caso os créditos de natureza tributária, oriundos de lançamentos efetuados em desacordo com o disposto no art. 1º, estejam pendentes de julgamento, os Delegados de Julgamento da Receita Federal subtrairão a aplicação da lei declarada inconstitucional.

Art. 4º O disposto nesta Instrução Normativa não se aplica às empresas individuais.

(sublinhamos)

A questão, como se denota do disposto no parágrafo único, do art. 1º, acima transcrito, passa pela análise do contrato social da pessoa jurídica geradora do lucro, pois se, na data do encerramento do período-base de apuração, o sócio quotista tiver disponibilidade jurídica ou econômica do lucro líquido apurado, incidirá a norma do art. 35, da Lei 7.713/88 e a cobrança do ILL não estará maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

Analisando o contrato social da Recorrente, vigente à época - 31.12.89 (fls. 132-137), extrai-se da Cláusula Décima Quarta (fl. 134), a seguinte redação:

DÉCIMA QUARTA

O ano social coincidirá com o ano civil, devendo a 31 de Dezembro de cada exercício, ser procedido o Balanço Geral da sociedade, obedecendo as prescrições legais e técnicas pertinentes à matéria. Os resultados serão atribuídos aos sócios proporcionalmente as suas quotas de capital, podendo os lucros a critério dos sócios serem distribuídos ou ficarem em reserva na sociedade. (sublinhamos)

O parágrafo único, do art. 1º, da IN SRF nº 63, de 24/07/97 aponta de forma clara e objetiva que, ocorrendo a indisponibilidade jurídica ou econômica do lucro líquido apurado em uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, à vista do disposto em seu contrato social, seria inconstitucional a incidência do ILL.

Como se observa da Cláusula Décima Quarta do Contrato Social da Recorrente, acima transcrito, os resultados da sociedade são/eram atribuídos aos sócios, cabendo a estes, tão somente, deliberar se o lucro líquido apurado (resultado) seria distribuído ou permaneceria em reserva na sociedade. Ainda que não houvesse, portanto, uma disponibilidade econômica, a disponibilidade jurídica, para dispor dos lucros como melhor lhes aprouvesse (aos sócios), está/estava garantida pelo disposto no Contrato Social da Recorrente, como um direito no qual se acham/achavam irrecusavelmente investidos.

Esse entendimento está em consonância com o posicionamento do E. STF quanto do reconhecimento da constitucionalidade do art. 35, da Lei nº 7.713/88 em relação aos “sócios quotistas”, firmado pelo Plenário daquela Corte ao julgar o RE 172.058/SC, de relatoria do Exmo. Min. Marco Aurélio Mello, em cujo voto ficou consignado que “o artigo 35 da Lei nº 7.713/88 guarda sintonia com a Lei Básica Federal, na parte em que disciplinada a

situação do sócio cotista, quando o contrato social encerra, por si só, a disponibilidade imediata, quer econômica, quer jurídica, do lucro líquido apurado.”

Reconhecida, no presente caso, a disponibilidade jurídica do lucro líquido apurado em favor do sócio quotista, a incidência do ILL é constitucional e, portanto, o pagamento realizado através do DARF de fl. 39 está correto, porque efetivamente devido.

Consequentemente, a Recorrente não possui o direito creditório indicado no pedido de restituição de fls. 03-04, que inaugurou este processo administrativo, razão pela qual mantenho, nesse aspecto, o seu indeferimento.

2. DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DAS COMPENSAÇÕES DECLARADAS

O outro aspecto apontado pela Recorrente, através da petição de fls. 292-295, é a ocorrência de “prescrição da cobrança do Cofins declarado em 2002”, sob o fundamento de que “as páginas 104 a 108, o contribuinte houvera requerido compensação do COFINS declarado relativamente aos meses de abril a dezembro de 2002”.

Reforça o seu posicionamento alegando que se “está convertendo pedido de restituição (...) em procedimento administrativo de cobrança de exação COFINS, quando já ocorreu o decurso do prazo legal para tal cobrança”.

Ainda que, como demonstrado no tópico anterior, o contribuinte não tenha o direito creditório pleiteado, é fato que, de acordo com a legislação então vigente, apresentou regularmente à repartição fiscal de seu domicílio, pedido de compensação em 25/07/2002 e declarações de compensações (duas) em 24/02/2003, conforme se atesta às fls. 126 a 130 dos autos.

Nos termos do § 4º, do art. 74, da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 10.637/2002, “os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos neste artigo.”

O § 5º, do mesmo art. 74, com redação dada pela Lei nº 10.833/2003, garante ao contribuinte:

Art. 74. (omissis).

(...)

§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.

Não há a menor dúvida de que as compensações declaradas pela Recorrente, em julho/2002 e fevereiro/2003 já foram regularmente homologadas pelo decurso do prazo previsto no § 5º, do art. 74, da Lei 9.430/96, acima transcrito, afastando-se a possibilidade de ser levada a efeito a cobrança de COFINS perpetrada pela DRF/Londrina no caso concreto, pela regular extinção do crédito tributário.

Esse entendimento está esposado na Solução de Consulta Interna nº 16 – Cosit, de 18 de julho de 2012, aprovada pelo Coordenador-Geral da Cosit, conforme se depreende do item 18 do referido documento, combinado com o item 21:

14. Em seu art. 156, inciso II, o CTN se refere à compensação como causa de extinção do crédito tributário e prevê, no art. 170, a possibilidade de a lei autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Nesse contexto, vem o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, disciplinar o instituto, submetendo a extinção a condição resolutória da ulterior homologação da compensação realizada pelo sujeito passivo. Tem o fisco prazo quinquenal para que proceda a respectiva homologação: (...)

(...)

18. Isto posto, entende-se que a homologação tácita de declaração de compensação, tal qual a homologação tácita do lançamento, extingue o crédito tributário, não podendo mais ser efetuado lançamento suplementar referente àquele período, a menos que, no caso da compensação de débitos vincendos, esta tenha sido homologada tacitamente e ainda não se tenha operado a decadência para o lançamento do crédito tributário. Há que se esclarecer, todavia, que não há previsão legal de homologação tácita de saldos negativos ou pagamentos a maior, devendo a repetição de indébito, quer por meio de pedido de restituição, quer por meio de declaração de compensação, obedecer aos dispositivos legais pertinentes.

(...)

21. Em ambos os casos, trata-se de repetição de indébito. Não comprovado o direito creditório, deve ser negado o pedido de restituição, e, dentro do prazo para homologação da compensação, esta deverá ser não homologada.

A contrário senso, ainda que negado o pedido de restituição, como no presente caso, já se está fora do prazo de homologação da compensação declarada pela Recorrente, fato que, por si só, garante a extinção do crédito tributário de COFINS objeto dos pedido/declarações de compensação.

O artigo 74, §3º, no inciso VI, da Lei 9.430/96 dispõe que não poderá ser objeto de compensação mediante entrega, pelo sujeito passivo, da declaração referida no § 1º (critério de validade para a compensação de débitos próprios) o valor objeto de pedido de restituição ou de ressarcimento já indeferido pela autoridade competente da Secretaria da Receita Federal - SRF, mesmo que o pedido se encontre pendente de decisão definitiva na esfera administrativa. Depreende-se, por lógica, que portanto, não poderia a recorrente entrar com pedido de compensação como, de fato, o fez, já que seu pedido de restituição de ILL fora indeferido.

No entanto, no tocante a esta aferição, pode-se dizer que a lógica está correta, porém deve ser alterada em decorrência de outra premissa importante relacionada ao caso concreto. Esclareço.

O inciso VI do retrocitado artigo foi adicionado a Lei nº 9.430/96 pela Lei nº 11.051 de 29 de dezembro de 2004. Isto significa, que o dispositivo mencionado apenas começou a produzir efeitos a partir da publicação da Lei nº 11.051/2004. Verifique-se o disposto no artigo 34 desta lei alteradora:

"Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação, produzindo efeitos, em relação:

I – ao art. 7º, a partir de 1º de novembro de 2004;

II – aos arts. 9º, 10 e 11, a partir do 1º (primeiro) dia do 4º (quarto) mês subsequente ao de sua publicação;

III – aos demais artigos, a partir da data da sua publicação. (grifo meu)"

Registre-se que publicação da Lei nº 11.051/2004 se deu em 30/12/2004:

Tal registro é relevante porque assegura a não aplicabilidade do disposto no artigo 74, §3º, inciso VI, da Lei nº 9.430/96 sobre o caso em tela, posto que tanto o pedido de restituição (protocolado em 2001) quanto os pedidos de compensação (protocolados em 2002 e 2003) foram realizados, todos, antes de 2004, ou seja, antes de a Lei nº 11.051 entrar em vigor e produzir seus efeitos, contexto, aquele, no qual o indeferimento da restituição ou do ressarcimento não impedia a compensação de débitos próprios.

Ato contínuo, como os pedidos de compensação datam de 2002 e 2003, e o despacho decisório (fl. 232 e-processo) foi proferido em 2010, constata-se que o prazo decadencial para o Fisco constituir o crédito tributário de COFINS extrapolou os 5 anos previstos no artigo 173, do CTN, devendo ser extinta, portanto, a glosa fiscal e, consequentemente, restando desonerado o contribuinte.

Assim, voto por dar provimento parcial ao Recurso Voluntário para reconhecer a extinção dos créditos tributários de COFINS objeto dos pedido/declarações de compensação anexados ao feito às fls. 126 a 130, pelo decurso do prazo previsto no § 5º, do art. 74, da Lei nº 9.430/96.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Demetrius Nichele Macei

Processo nº 10930.003903/2001-94
Acórdão n.º **1402-002.424**

S1-C4T2
Fl. 383
