



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

**Processo n°** 10980.006878/2002-96  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2101-001.970 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de novembro de 2012  
**Matéria** IRRF - Imposto sobre a Renda na Fonte  
**Recorrente** Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda.  
**Recorrida** Fazenda Nacional

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF**

Exercício: 1989, 1991

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO POR SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, CUJO CONTRATO SOCIAL PREVIA A DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DOS LUCROS. INDEFERIMENTO.

Nos termos do artigo 35 da Lei 7.713/88, somente incide o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido nos casos em que o contrato social de sociedade por quotas de responsabilidade limitada prevê a distribuição automática dos lucros.

Precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF, 2ª. Turma, Acórdão 9202-01.913, de 30/11/2011, Redator designado o Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka).

Hipótese em que o contrato social não prevê a distribuição automática de lucros.

Restituição devida, com a atualização monetária prevista no Parecer PGFN/CRJ n.º 2.601, de 2008

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso para reconhecer o direito à repetição de indébito. Vencidos os Conselheiros Célia Maria de Souza Murphy e Luiz Eduardo de Oliveira Santos, que votaram por negar provimento ao recurso nesse aspecto. Reconhecido o direito creditório por maioria, acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em reconhecer o direito à atualização monetária dos

créditos pleiteados, nos termos do voto da relatora. Redator designado o Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka.

*(assinado digitalmente)*

---

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente.

*(assinado digitalmente)*

---

CELIA MARIA DE SOUZA MURPHY - Relatora.

*(assinado digitalmente)*

---

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente), Gonçalo Bonet Allage, José Raimundo Tosta Santos, Alexandre Naoki Nishioka, Gilvanci Antonio de Oliveira Sousa e Celia Maria de Souza Murphy (Relatora).

## **Relatório**

Trata o presente processo de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), no valor de R\$ 500.694,92, protocolado em 10 de julho de 2002.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo, por meio do Despacho Decisório às fls. 47, indeferiu o pedido, por entender que teria ocorrido a decadência do direito à restituição, com fundamento no Código Tributário Nacional e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999.

Em 22.8.2002, a interessada apresentou “recurso” (fls. 50 a 56), no qual esclarece que o pedido de restituição deveu-se à declaração de inconstitucionalidade da alusão a “o acionista” e de constitucionalidade das expressões “titular de empresa individual” e “o sócio quotista”, contida no artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, pelo Supremo Tribunal Federal.

No tocante à decadência, argumenta que, no caso, existiu ato administrativo que reconheceu o caráter indevido da cobrança, o Decreto nº 2.194, de 1997, com fulcro no qual o Secretário da Receita Federal expediu ato determinando que não mais se aplicassem as normas relativas à exigência do ILL, declaradas inconstitucionais pelo STF.

Citando decisões do Conselho de Contribuintes e o Parecer Cosit nº 58/98 conclui não ter ocorrido a decadência de pleitear as restituições dos valores que alega ter recolhido a título de ILL, haja vista que a contagem do prazo tem início na data do ato

administrativo que reconheceu o caráter indevido da cobrança, no caso, a Instrução Normativa n.º 63, de 24.7.1997.

Requer seja analisado o mérito do pedido ante os documentos anexados e pede a reforma da decisão de primeira instância.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Curitiba (PR), por meio do Acórdão n.º 2.778 de 13 de dezembro de 2002, indeferiu a solicitação da interessada, emitindo decisão com a seguinte ementa:

*Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Período de apuração: 30/04/1990; 30/01/1992; 30/04/1992 a 31/07/1992; 30/09/1992 a 18/12/1992.*

*Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.*

*O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.*

*Solicitação Indeferida.*

Irresignada, a interessada interpôs recurso voluntário (fls. 80 a 90), no qual repisa seus argumentos.

A Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes decidiu por afastar a decadência, por meio do Acórdão n.º 102-49.317, de 8 de outubro de 2008, que contou com a seguinte ementa:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE*

*Ano-calendário: 1990, 1992*

*SOCIEDADE LIMITADA – É de cinco anos o prazo para repetição do indébito, contados da edição de ato normativo que reconheceu a ilegalidade da exigência, qual seja, a Instrução Normativa SRF n.º 63, de 1997 (Acórdão CSRF/01-03.854).*

*SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA – IMPOSSIBILIDADE – ANÁLISE DE MÉRITO EM FACE AO AFASTAMENTO DE PRELIMINAR – Para que não ocorra supressão de instância, afastada a preliminar que impedia a análise do mérito, deve o processo retornar à origem para conclusão do julgamento.*

*Decadência afastada*

A União, representada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, interpôs recurso especial ante a decisão não unânime proferida, alegando que, ao fixar o termo inicial para contagem da decadência marco outro que não a extinção do crédito tributário, a

Câmara contrariou o artigo 168, I, c/c o artigo 165, I, do Código tributário Nacional, bem como as provas dos autos.

Admitido o recurso e apresentadas as contra-razões, a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais manifestou-se, por meio do Acórdão n.º 9202-00.570, de 10 de março de 2010 (fls. 130 a 152-verso), proferindo decisão cuja ementa a seguir transcreve-se:

*Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF*

*Período de apuração: 30/04/1990; 30/01/1992; 30/04/1992 a 31/07/1992; 30/09/1992 a 18/12/1992.*

*ILL. SOCIEDADE LIMITADA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO.*

*Tratando-se de pedido de restituição/compensação de Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, exigido das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, com base no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário n.º 172.058/SC, com decisão publicada em 03/08/1995, o termo a quo do prazo prescricional de 05 (cinco) anos para o pleito da contribuinte é a data da publicação da Instrução Normativa SRF n.º 63, de 25/07/1997, que atribuiu efeito **erga omnes** à decisão da Suprema Corte, reconhecendo a não incidência de aludido tributo, ampliando a suspensão daquele dispositivo legal, contemplada na Resolução do Senado Federal n.º 82/1996.*

*Recurso especial negado.*

Os autos foram encaminhados à Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba (PR), que deu ciência à interessada e, ao iniciar a análise do mérito, constatou que o requerente identificado no Pedido de Restituição é Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda., CNPJ 76.491.661/0001-29, mas tal não corresponde às informações cadastrais da RFB, levando à conclusão que o pleito está assinado por pessoa sem legitimidade e que o crédito é de terceiro.

Intimada a se manifestar sobre essas constatações, a interessada esclareceu que, equivocadamente, consignou o CNPJ de outra empresa, denominada Ancora Comercial S/A, que possuía sócios em comum com a parte interessada. Complementa que a empresa Ancora Comercial S/A foi baixada por incorporação em março de 1989 e, para todos os efeitos, deve-se considerar como parte interessada neste processo a Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda., CNPJ 77.949.238/0001-92.

Por meio do Despacho Decisório DRF/CTA de 6 de janeiro de 2011 (fls. 175 a 183) a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba indeferiu a solicitação da interessada, sob os argumentos que (i) o requerente não tem legitimidade para pleitear a restituição e (ii) os recolhimentos cuja restituição pede são devidos. Salienta ainda que o total atualizado para 28.6.2002 é de R\$ 224.834,88 e não R\$ 500.694,92, como apurado/solicitado.

Em 9.2.2010 foi apresentada Manifestação de Inconformidade (fls. 189 a 195), na qual a interessada alega estar qualificada para requerer a restituição do crédito do ILL, tendo em vista ter sofrido o encargo tributário. Citando e transcrevendo ementas e trechos de julgados dos Tribunais e do Conselho de Contribuintes, que entende corroborarem seu entendimento, sustenta ser indevido o recolhimento do ILL quando a distribuição de lucros, nas

sociedades por quotas, depende de uma deliberação de vontade dos quotistas. No tocante à atualização do crédito pleiteado, ressalta que foi clara quanto aos índices utilizados, eis que eles, apesar de não constarem em aberto no corpo da planilha de cálculo, estavam demonstrados nos fundamentos do pedido de restituição.

A 1.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Curitiba (PR), por meio do Acórdão n.º 06-30.517 de 24 de fevereiro de 2011, não reconheceu o direito creditório da interessada, em decisão com a ementa a seguir transcrita:

*ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL*

*Ano-calendário: 1990, 1992*

*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 a decadência e determinar o retorno dos autos para enfrentamento do mérito, procede-se a novo julgamento.*

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE*

*Ano-calendário: 1990, 1992*

*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 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.*

*INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ATUALIZAÇÃO COM BASE NOS ÍNDICES OFICIAIS.*

*Cabe atualização, com base nos índices oficiais, na restituição de imposto recolhido indevidamente ou a maior.*

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. TRANSFERÊNCIA DO ÔNUS FINANCEIRO.*

*A fonte pagadora, na qualidade de sujeito passivo responsável pela retenção e pelo recolhimento do imposto, tem legitimidade para formalizar pedido de restituição de ILL quando comprovar haver assumido o ônus tributário ou estar autorizada pelos que o suportaram.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Não se conformando com o resultado do julgamento, a interessada interpôs recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Nele, reitera todos os

argumentos trazidos na Manifestação de Inconformidade, salientando que a parte final da cláusula dezessete do Contrato Social da pessoa jurídica diz que “o lucro líquido terá a destinação que for deliberada pela maioria absoluta do capital social com direito de voto”, ao passo que o Acórdão estipula que somente será inconstitucional a exigência do imposto retido quando o contrato social for omissivo quanto à distribuição dos lucros ou quando preveja, independentemente da manifestação dos sócios, destinação dos lucros outra que não a sua distribuição. E, no caso, não havia disponibilidade imediata de lucros da recorrente, uma vez que, para a sua destinação, seria necessária a manifestação dos sócios; sendo assim, não se pode afirmar que o lucro líquido estava à disposição dos sócios para ser distribuído.

Refuta qualquer manifestação no sentido de aplicação do artigo 166 do Código Tributário Nacional como meio de afastar a sua legitimidade ativa para o pleito, por entender já estar pacificado o entendimento do STJ (REsp 229579) de reconhecer o direito creditório da empresa de receber o ILL indevidamente pago, tendo em vista que a exigência do artigo 166 do CTN aplica-se somente aos tributos que comportam a transferência do encargo financeiro, o que não acontece com o ILL.

Com fulcro no artigo 66 da Lei n.º 8.393, de 1991, e em decisão do STJ proferida no REsp n.º 1.124.456, alega que o direito à restituição dos créditos indevidamente recolhidos compreende a sua atualização, inclusive os denominados “expurgos inflacionários” ocorridos nos planos econômicos.

Requer, ao final, o reconhecimento do seu direito creditório, da sua legitimidade ativa para pleiteá-lo, bem como sua atualização monetária com os expurgos inflacionários.

É o Relatório.

## Voto Vencido

Conselheira Celia Maria de Souza Murphy

O Recurso Voluntário, tempestivo, atende aos demais requisitos legais previstos no Decreto n.º 70.235, de 1972. Dele conheço.

No presente processo, a interessada pleiteou, em 10.7.2002 (fls. 1), a restituição do imposto sobre a renda na fonte incidente sobre o lucro líquido, que entende ter recolhido indevidamente, por ter sido sua cobrança declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A discussão inicial travou-se a respeito da decadência do direito de pleitear a restituição, questão essa que ficou decidida no Acórdão n.º 9202-00.570, da Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 130 a 152-verso), que confirmou os termos do Acórdão n.º n.º 102-49.317, de 8 de outubro de 2008, da Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes. Sendo assim, o termo **a quo** para a contagem do prazo para pleitear a restituição administrativa do pagamento a maior ou indevido, neste processo, é a data da publicação da Instrução Normativa SRF n.º 63, publicada no Diário Oficial da União, qual seja, 25.7.1997.

Diante disso, tendo em vista que o pedido de restituição foi apresentado em 10.7.2002, antes de ocorrida a decadência, os autos retornaram para a unidade de origem para a apreciação do mérito do pedido.

Analisando os autos, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Curitiba (PR) constatou que o requerente identificado no pedido de restituição é Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda., CNPJ 76.491.661/0001-29. Todavia, esses dados não conferiam com os constantes do cadastro da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

A interessada, intimada (fls. 157 e 158), esclareceu tratar-se de um equívoco, haja vista ter consignado o CNPJ de outra empresa (Ancora Comercial Ltda.), a qual possuía sócios em comum com a interessada, e que, para todos os efeitos, deve-se considerar como parte interessada no processo de restituição a pessoa jurídica denominada Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda., CNPJ 77.949.238/0001-92, informações essas em consonância com o instrumento de procuração e com o comprovante de inscrição e de situação cadastral, que anexa aos autos (fls. 164 a 166).

O Seort da Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Curitiba, em Informação Fiscal às fls. 167 e 168, acolheu as justificativas da interessada, reconhecendo o equívoco e dando prosseguimento ao processo. O assunto foi novamente trazido à baila no Despacho Decisório DRF/CTA de 6 de janeiro de 2011, mas foi considerado esclarecido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba, que, sobre isso, reportando-se às considerações feitas pelo Seort da DRF considerou o seguinte:

*“11. O pedido de restituição em análise (fls. 1-12) foi formulado em nome da Araucária Administradora de Consórcios S/C Ltda., com o CNPJ 76.491.661/0001-29, que foi representada por sua procuradora Rosângela Binhara Esturilio (fl. 24).*

*12. Contudo, consta como outorgante da procuração de fl. 24 uma pessoa jurídica com a mesma razão social da interessada, mas com CNPJ diverso, de n.º 77.949.238/0001-92. A pessoa jurídica requerente, CNPJ 76.491.661/0001-29, encontra-se baixada no cadastro do CNPJ desde 20/03/1989 (fl. 165) e foi incorporada pela Ancora Empreendimentos e Participações S/A, CNPJ n.º 81.071.243/0001-12, mas o presente processo tramita com seu n.º de CNPJ.*

*13. Por outro lado, os DARFs (fls. 25-31) dos recolhimentos objeto de pedido de restituição (fl. 01) foram recolhidos com o CNPJ 77.949.238/0001-92.*

*14. Assim, o Seort da DRF-Curitiba considerou que a signatária do pedido em análise não fez prova nos autos de estar investida de poderes para pleitear a restituição em nome da requerente, CNPJ 76.491.661/0001-29, razão pela qual intimou (fls. 161-162) o outorgante da procuração de fl. 24 (CNPJ 77.949.238/0001-92) a comparecer na DRF-Curitiba para prestar esclarecimentos (fl. 161).*

*15. Em atendimento, o outorgante ratifica a procuração e informa que houve erro na identificação do CNPJ constante do pedido de restituição, motivo pelo qual solicitou que fosse retificado o seu número para 77.949.238/0001-92 (fl. 163).*

*16. Por conseguinte, o Seort da DRF-Curitiba considerou que o crédito em julgamento está correto e que apenas a identificação da interessada está equivocada, pois, ainda que o CNPJ com o*

*qual foi apresentado o pedido de restituição, formalizado o processo e identificado nas decisões anteriormente proferidas não seja efetivamente do detentor do crédito pleiteado, o direito creditório apreciado correspondente aos DARFs de fls. 25 a 31 pertence à contribuinte com CNPJ 77.949.238/0001-92, cuja razão social foi corretamente informada no pedido inicial, razão pela qual entendeu que as decisões já proferidas não perdem sua validade, cabendo prosseguir no julgamento do mérito.”*

Ante as ponderações feitas pelo Seort da DRF em Curitiba (PR), acolhidas pela DRJ em Curitiba (PR), entendo que nada mais há que discutir sobre o tema, já que restou demonstrado o equívoco alegado pela recorrente, que, conforme apontado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, não invalida as decisões proferidas no presente processo.

Restam, assim, controversos, os pontos sobre os quais discorre-se a seguir.

### **1. Da legitimidade para pleitear a restituição do imposto**

Invocando os artigos 165 e 166 do Código Tributário Nacional – CTN, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR) externou o entendimento que a interessada não teria legitimidade ativa para solicitar a restituição do imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido.

De acordo com o voto condutor da decisão **a quo**, tendo em vista que a Lei n.º 7.713, de 1988, estipulou que o sócio quotista, acionista ou titular da empresa individual ficaria sujeito ao imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de oito por cento, com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base, a pessoa jurídica seria sujeito passivo na condição de responsável tributário. Nesse cenário, a interessada seria parte legítima para pleitear a restituição de um eventual indébito tributário somente se cumpridos os requisitos do artigo 166 do CTN. E, na hipótese, não havia elementos suficientes para comprovar nem que a requerente suportou o encargo financeiro nem que estaria autorizada, por aquele que suportou efetivamente o encargo, a pleitear a restituição correspondente.

Sobre o assunto, impende ressaltar que a recorrente alega ter assumido integralmente o ônus do tributo, sustentando não ter feito distribuição dos lucros aos quotistas. Sendo assim, caso reconhecesse que está autorizada a pleitear a restituição por aquele que suportou o ônus do tributo, tal como exige o órgão julgador **a quo**, estaria sendo incoerente com seus argumentos, pois estaria admitindo que houve a efetiva distribuição dos lucros.

Por esse motivo, entendo assistir razão à recorrente, neste ponto. Se é que alguém tem direito à restituição do imposto retido na fonte sobre o lucro líquido esse alguém é a recorrente.

### **2. Do direito à restituição do imposto retido na fonte sobre o lucro líquido – ILL**

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR), ao apreciar a Manifestação de Inconformidade da interessada, não acolheu os argumentos suscitados no tocante à ocorrência de recolhimento indevido do ILL. Contrariamente entendeu, tendo em vista que a cláusula 17 do Contrato Social vigente na época dos fatos previa que “o lucro líquido terá a destinação que for deliberada pela maioria absoluta do capital social com

direito de voto”; entretanto, 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 da sociedade limitada quando o seu contrato social foi omissivo sobre a distribuição dos lucros ou quando preveja, independentemente da manifestação dos sócios, destinação dos lucros outra que não a sua distribuição.

Em sede de recurso voluntário, a recorrente rebate o argumento, afirmando que não havia disponibilidade imediata dos lucros da pessoa jurídica, uma vez que, para a destinação destes, havia necessidade de manifestação dos sócios; sendo assim, não se pode dizer que o lucro líquido estava à disposição dos sócios para ser distribuído. Sustenta que, pela leitura do parágrafo único do artigo 1.º da Instrução Normativa da SRF n.º 63, de 1997, tem-se que a vedação ao pedido de restituição só estaria configurada nos casos de previsão imediata da disponibilidade do lucro aos quotistas, o que não está previsto no contrato social.

O denominado ILL – Imposto sobre o Lucro Líquido foi instituído pelo artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, o qual estipulou, em seu **caput**, que o sócio quotista, acionista ou titular da empresa individual ficaria sujeito ao imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de oito por cento, com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.

A Resolução do Senado Federal n.º 82, de 1996, suspendeu, em parte, a execução do dispositivo, no que diz respeito à expressão “o acionista”, isto é, foi declarada a inconstitucionalidade da tributação das sociedades por ações, que são aquelas regidas pela Lei n.º 6.404, de 1976.

No caso vertente, contudo, trata-se de sociedade limitada, não abrangida pela declaração de inconstitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão que precedeu a Resolução do Senado Federal n.º 82, de 1996, apreciou a constitucionalidade do artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, no tocante às sociedades limitadas, por meio da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 172.058/SC, de 30.6.1995, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio:

*[...] IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA. A norma insculpida no artigo 35 da Lei nº 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. [...]*

Desde então, foi publicada a Instrução Normativa da SRF n.º 63, de 1997, que, no seu artigo 1.º, assim determinou:

*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.*

No caso em análise, o Contrato Social vigente na época dos fatos conta com uma Cláusula Dezessete, que assim prevê (fls. 19):

*“Os resultados serão divididos ou suportados entre sócios proporcionalmente às suas quotas sociais. Depois de feitas as convenientes amortizações e provisões, o lucro líquido terá a destinação que for deliberada pela maioria absoluta do capital social com direito de voto.”*

Do exame do texto da Cláusula Dezessete, o meu entendimento é que há previsão de distribuição dos resultados, na proporção das quotas sociais; sendo assim, havendo lucros, eles são imediatamente distribuídos aos sócios, nessa proporção, independentemente de deliberação dos sócios nesse sentido. Pode haver, contudo, deliberação diversa, desde que pela maioria absoluta do capital social com direito a voto.

Sendo assim, a meu ver, o tributo é devido, tal como consta da decisão proferida no Recurso Extraordinário n.º 172.058/SC, de 30.6.1995, por estar prevista a distribuição imediata dos lucros aos sócios, nos termos da Cláusula Dezessete do Contrato Social vigente na data do encerramento do período-base de apuração, tal como comprovado pela recorrente. Ante esse entendimento, não é possível, no presente caso, promover a restituição do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, haja vista não ter sido declarado inconstitucional pelo STF.

### **3. Dos créditos tributários do Imposto sobre a Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL e dos índices de atualização monetária a serem aplicados**

A interessada pede a restituição dos valores recolhidos correspondentes aos DARF anexados às fls. 25 a 30, alegando pagamento indevido do imposto sobre a renda na fonte sobre o lucro líquido, ante a declaração de sua inconstitucionalidade.

Esclareceu, já na defesa inicialmente apresentada, especificamente, que tratava-se de pedido de restituição no qual se pleiteava atualização monetária em cujos cálculos fossem incluídos os denominados “expurgos inflacionários” a cada um dos planos econômicos do Governo Federal que desvirtuaram os índices de atualização monetária (vide fls. 10 a 12).

Também na Manifestação de Inconformidade anexada às fls. 189 a 195 ficou patente a pretensão que sejam considerados, nos cálculos do valor do tributo atualizado a ser restituído, os denominados “expurgos inflacionários” (vide fls. 194).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Curitiba (PR) não acolheu os argumentos, refutando o fundamento do pedido, por entender que o Parecer GQ n.º 96, de 11 de janeiro de 1996, trata da incidência de correção monetária das parcelas devidas em razão de repetição de indébito tributário do período anterior à Lei n.º 8.383, de 1991, nada dispondo acerca dos “expurgos inflacionários”.

Afirmou que, desde que o indébito tributário fosse confirmado, o valor passível de restituição excluiria o recolhimento de Cr\$ 11.281.782,66, com código de receita 0262, efetuado em 31.1.1992, eis que esse recolhimento corresponde a IRPJ. A interessada não se manifestou sobre essa afirmação.

Em sede de recurso, repisa os seus argumentos, reiterando o seu pedido para que a atualização monetária aplicada aos créditos tributários a serem restituídos compreenda não só os índices de correção plena, mas também os denominados “expurgos inflacionários” ocorridos a cada um dos planos econômicos do Governo Federal, e que desvirtuaram os índices de atualização monetária, em especial se referenciados ao IPC.

A fim de embasar seu pedido, cita e transcreve ementa de julgado do Supremo Tribunal Federal, que trata da aplicação dos “expurgos inflacionários” na atualização monetária de débitos tributários.

Ante o entendimento manifestado de que não existe direito creditório a ser reconhecido em favor da interessada, o questionamento sobre os corretos índices de atualização monetária a serem aplicados deixou de ter relevância no presente processo. Todavia, vencida, nesse posicionamento, passo a analisar o pedido de aplicação dos “expurgos inflacionários”.

A utilização dos denominados “expurgos inflacionários” foi matéria tratada no Parecer PGFN/CRJ n.º 2.601, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional em 20.11.2008, que, submetido à apreciação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, foi aprovado, nos termos do despacho publicado no DOU de 8.12.2008, do qual decorreu a expedição do Ato Declaratório n.º 10, de 1.12.2008, do Procurador Geral da Fazenda Nacional (DOU de 8.12.2008).

Diante disso, frente ao que preceitua o artigo 42 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, as diretrizes constantes do Parecer PGFN/CRJ n.º 2.601, de 2008, vinculam a Administração Federal. Nesse sentido, ficou assim estipulado, nos termos do mencionado Parecer:

*“19. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, II, da Lei n.º 10.522, de 19.07.2002, c/c o art. 5º do Decreto n.º 2.346, de 10.10.97, recomenda-se sejam autorizadas pelo Senhor Procurador-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem a obter declaração de que é devida, como fator de atualização monetária de débitos judiciais, a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos governamentais constantes na Tabela Única da Justiça Federal, aprovada pela Resolução n.º 561 do Conselho da Justiça Federal, de 02 de julho de 2007.”*

Por essa razão, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vem decidindo de forma favorável a pleitos tais como o deste processo, a exemplo dos Acórdãos n.º 3202-000.009, de 13 de agosto de 2009, e n.º 9303-001.917, de 8 de março de 2012, cujas ementas transcrevo a seguir:

**RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ADIÇÃO DOS ÍNDICES INFLACIONÁRIOS EXCLUÍDOS PELOS DIVERSOS PLANOS ECONÔMICOS. POSSIBILIDADE.**

*Nos termos da consolidada jurisprudência oriunda dos Tribunais Superiores, já objeto de acatamento inclusive pela Fazenda Nacional – Ato Declaratório PGFN n.º 10/2008 – é cabível a*

*inclusão, entre os índices inflacionários aplicáveis para efeito de atualização monetária do indébito tributário postulado em restituição, daqueles expurgados pelos diversos Planos econômicos e que constam da Resolução n.º 561 do Conselho da Justiça Federal.*

*(CSRF, Acórdão n.º 9303-001.917, de 8 de março de 2012, Rel. Cons. Julio Cesar Alves Ramos)*

**ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES**

*Período de apuração: 01/02/1990 a 30/04/1992*

**FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.**

*A partir da edição do Ato Declaratório PGFN n.º 10/2008 é cabível a aplicação, como índices de atualização monetária nos pedidos de restituição/compensação objeto de deferimento na via administrativa, dos expurgos inflacionários previstos na Resolução n 561 do Conselho da Justiça Federal.*

**RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.**

*(CARF, Terceira Seção, 2.ª Câmara, 2.ª Turma Ordinária, Acórdãos n.º 3202-000.009, de 13 de agosto de 2009. Rel. Cons. José Luiz Novo Rossari).*

Ante essas circunstâncias, devem-se aplicar ao caso os denominados “expurgos inflacionários” na atualização dos valores de tributo recolhidos indevidamente, a serem compensados com os débitos da interessada.

Sendo assim, de acordo com o item 4.1.2.1. do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal aprovado pela Resolução n.º 134, de 2010, do Conselho da Justiça Federal (que revogou a Resolução n.º 561, de 2007, do CJF):

**“EXPURGOS INFLACIONÁRIOS**

*Devem-se considerar, também, os expurgos inflacionários, IPC/IBGE integral (descontando o BTN ou outro índice utilizado, evitando bis in idem), já consolidados pela jurisprudência, salvo decisão judicial em contrário, nos seguintes períodos:*

*- jan/89 = 42,72%;*

*- fev/89 = 10,14%;*

*- mar/90 a fev/91 = IPC/IBGE em todo o período.”*

### **Conclusão**

Por todo o exposto, voto por afastar a preliminar de ilegitimidade da parte para pleitear a restituição de imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido e, no mérito, não reconhecer o direito creditório. Vencida no mérito, voto por reconhecer o direito à atualização monetária, nos termos do Parecer PGFN/CRI n.º 2.601, de 2008.

(assinado digitalmente)

Celia Maria de Souza Murphy - Relatora

### Voto Vencedor

Conselheiro Alexandre Naoki Nishioka, Designado

Em que pese ao entendimento da Ilma. Sra. Relatora, ousou divergir do posicionamento externado no seu voto.

Com efeito, analisando-se os termos da Resolução do Senado Federal n.º 82/96, editada em consonância com o art. 52, X, da Constituição, verifica-se que apenas foi suspensa a eficácia da tributação incidente sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas (ILL) relativamente à expressão “acionista”. A este respeito, confira-se:

“Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.”

Na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja eficácia *erga omnes* foi conferida pela citada resolução do Senado Federal, apenas seria descabida a tributação pelo ILL, instituída pelo art. 35 da Lei n.º 7.713/88, no tocante às sociedades anônimas, isto é, às sociedades de capital regidas pela Lei n.º 6.404/76, na medida em que, com relação a estas últimas, apenas, não seria lícito pressupor a disponibilidade econômica ou jurídica dos titulares de suas ações pela mera apuração de lucro líquido.

Regulamentando, internamente, os efeitos da Resolução do Senado Federal n.º 82/96, por sua vez, a Secretaria da Receita Federal houve por bem editar a Instrução Normativa n.º 63/97, vedando a cobrança de ILL, apenas, nas hipóteses em que o lucro líquido fosse apurado por sociedades anônimas, ou, no tocante às demais formas societárias, apenas nos casos em que o contrato social não previsse a disponibilização imediata dos lucros aos sócios ou quotistas. A este respeito, cumpre trazer à baila o teor do art. 1º, *caput* e parágrafo único, do citado normativo, *in 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 2 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.”

Nesse sentido, portanto, tratando-se, a espécie, de tributação incidente sobre o lucro líquido apurado em resultado de sociedade por quotas de participação limitada, e, igualmente, sendo certo que a cláusula dezessete do respectivo contrato social não previa, expressamente, a distribuição automática dos lucros aos sócios, entendo deva ser afastada a tributação *in casu* e, destarte, acolhido o pleito de restituição formulado pela contribuinte.

Por esta razão, pois, considerando-se que o entendimento aqui esposado encontra-se alinhado com os termos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 223.370/PE, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (DJ de 12/03/1999), e, bem assim, com os termos da Resolução do Senado Federal n.º 82/96 e da Instrução Normativa n.º 63/97, ousou divergir do posicionamento consignado pela Ilma. Sra. Relatora, de maneira que voto no sentido de DAR provimento ao recurso voluntário.

*(assinado digitalmente)*

ALEXANDRE NAOKI NISHIOKA

Redator designado