



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

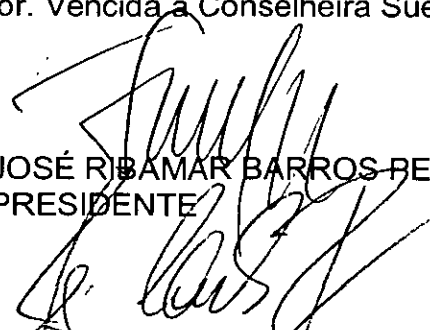
Processo nº. : 11610.009108/2002-76
Recurso nº. : 133.538
Matéria : IRF - Ano(s): 1990 a 1993
Recorrente : TICKET SERVIÇOS S.A.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO - SP I
Sessão de : 22 DE FEVEREIRO DE 2006
Acórdão nº. : 106-15.336

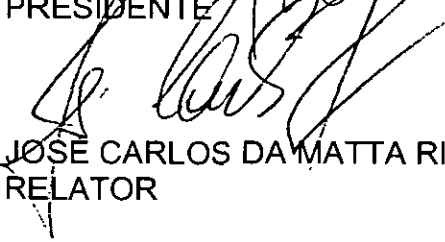
ILL. RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - Os recolhimentos efetuados com fulcro no art. 35 da Lei nº 7.713/1988 são passíveis de restituição nos casos em que qualquer destinação dependa da manifestação de vontades dos sócios quotistas, porém, desde que verificado, em sendo o caso, o adimplemento dessa condição prevista no Contrato Social.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por TICKET SERVIÇOS S.A.

ACORDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Sueli Efigênia Mendes de Britto.


JOSÉ RIBAMAR BARROS BENHA
PRESIDENTE


JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 27 MAR 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros GONÇALO BONET ALLAGE, LUIZ ANTONIO DE PAULA, ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA, ROBERTA DE AZEREDO FERREIRA PAGETTI e WILFRIDO AUGUSTO MARQUES.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

Recurso nº : 133.538
Recorrente : TICKET SERVIÇOS S.A.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de repetição do indébito, no importe de R\$ 10.295.003,74, promovido em 05.06.02 (fls. 01 a 45) pela empresa Ticket Serviços S.A., tendo em vista o recolhimento indevido do Imposto sobre Lucro Líquido, atinente aos anos-calendário de 1989 a 1992.

O pleito foi indeferido em sede de despacho decisório (fls. 46 a 48), sob o argumento de que o direito de exigir a repetição do indébito não foi exercido a tempo, operando-se, assim, a decadência de que trata o artigo 168, I, do Código Tributário Nacional. Mesmo o contribuinte apresentando suas razões de inconformismo (fls. 51 a 59), a DRJ de São Paulo não reformou a decisão anterior (fls. 65 a 75).

Mais uma vez inconformado, o contribuinte recorreu (fls. 77 a 86) ao Primeiro Conselho de Contribuintes, que, por sua Sexta Câmara, afastou a decadência (fls. 100 a 108), haja vista que o *dies a quo* do referido prazo é a data em que a Secretaria da Receita Federal reconheceu como indevido o pagamento efetuado, ou seja, em 24.07.97 por ocasião da edição da IN SRF nº 63. Consta, outrossim, da aludida decisão ordem para devolução dos autos para a DRJ competente a fim de que seja analisado o mérito do pedido.

Destarte, o sujeito passivo foi intimado (fls. 112) a apresentar demonstração das bases de cálculo do imposto, cópias da DIRPJ e documentos societários. Cientificado, manifestou-se e juntou documentos às fls. 113 a 401.

Em despacho decisório (fls. 409 a 413), a Delegacia da Receita Federal em São Paulo indeferiu o pedido de restituição porque, segundo pensam, os contratos sociais da, então, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, previa a disponibilidade econômica e jurídica imediata aos sócios quotistas do lucro apurado, conforme indicam às fls. 195, 228, 267, 314 e 372.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

Cientificado da decisão em 17.12.04 (fls. 414), interpôs em 19.01.05 manifestação de inconformidade (fls. 466 a 477), aduzindo, em sede de preliminar, a nulidade da decisão recorrida na medida em que o mérito do pedido de restituição já foi julgado anteriormente. No mérito, sustenta que a destinação dos lucros da empresa, conforme consta do contrato social, dependia de reunião dos sócios quotistas, portanto, inexistindo disponibilidade imediata. Pugna, por fim, que os valores a serem restituídos sejam atualizados de acordo com a Resolução nº 242/01 do Conselho da Justiça Federal.

Todavia, a 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal em São Paulo/SP houve por bem, no acórdão 7.110 (fls. 507 a 515), deferir em parte a restituição, em decisão assim ementada:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-Calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

Ementa: ILL. RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

Os recolhimentos efetuados com fulcro no art. 35 da Lei nº 7.713/1988 não são passíveis de restituição nos casos em que qualquer destinação que não seja a distribuição aos sócios quotistas dependa da manifestação de vontades destes. O imposto incidente sobre parcelas do lucro líquido destinadas à formação de reservas deve ser restituído.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Exercício: 1989, 1990, 1991, 1992

Ementa: MATÉRIA NÃO ABORDADA EM DESPACHO DECISÓRIO ANTERIORMENTE PROFERIDO. PRECLUSÃO. INCOCORRÊNCIA.

Ao proferir novo despacho decisório, dada a anulação de decisão anterior que indeferia o pedido pela ocorrência da decadência, a Autoridade Administrativa pode e deve trazer à baila todas as questões de mérito que, prejudicadas pela decadência, deixaram de ser examinadas.

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICES.

Não se toma conhecimento de pedido de atualização do crédito de acordo com os índices aplicados pelo Poder Judiciário, por não ter integrado expressamente o pedido de restituição originalmente formulado e por faltar competência a este órgão julgador para reconhecer a aplicação de índices de atualização que não tenham sido reconhecidos pela Administração.

Solicitação Deferida em Parte.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

Cientificado da decisão em 06.06.05 (fls. 516-verso), interpôs em 05.07.05 (fls. 517 a 534) Recurso Voluntário, no qual ressalta que, na oportunidade da apresentação do pedido de restituição, anexou planilha contemplando lançamento do montante do indébito relativo à diferença dos índices BTNF e IPC. Ademais, repisa os mesmos argumentos contidos na manifestação de inconformidade.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

VOTO

Conselheiro JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI, Relator

Por se tratar de matéria que não envolve exigência fiscal, não há que se falar em depósito recursal ou arrolamento, devendo, portanto, ser recebido o Recurso, inclusive porque é tempestivo.

I - Preliminar

Em sede de preliminar, a Recorrente pugna pela declaração de nulidade do despacho decisório, haja vista que nele se argüiu questão nova, preclusa uma vez que, quando da primitiva análise do pedido de restituição (onde se constatou a prejudicial de mérito de decadência), a autoridade administrativa "(...) acabou por decidir quanto a todos os demais aspectos, questões e requisitos relacionados ao indébito, inclusive aquele que se referia à inexistência de previsão contratual quanto à distribuição imediata e automática dos lucros aos sócios (...) " (fls. 522). Aduz, a este respeito, que o artigo 28 do Decreto nº 70.235/72 ordena que "*na decisão em que for julgada questão preliminar será também julgado o mérito, salvo quando incompatíveis (...)*".

Entretanto, o inconformismo não merece melhor sorte.

Constata-se do teor das decisões que versam acerca da decadência, inclusive aquelas exaradas por esta Egrégia Sexta Câmara, a inexistência da análise de questões de mérito. A propósito, do dispositivo da decisão acima destacada há ordem para que a DRJ de origem avalie o mérito do pedido de restituição. Portanto, lícita se mostra a arguição de novas questões de mérito.

Quanto ao artigo 28 do Decreto nº 70.235/72, este tem o mesmo conteúdo semântico do artigo 560 do Código de Processo Civil¹, devendo, portanto,

¹ "Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.

(...)"



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

receber o mesmo tratamento. Nesse sentido, Antônio da Silva Cabral² nos ensina que *"o art. 29 está na mesma linha do art. 560 do CPC, ou seja, qualquer questão preliminar deverá ser decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquele"*.

Ora, revela-se inviável empreender na análise de questões de mérito quando presentes elementos prejudiciais a ele. Não superada a questão prejudicial, incompatível será a análise do mérito do pedido de restituição, não havendo, destarte, que se falar, *in casu*, de subsunção à norma do artigo 28 do mencionado diploma legal.

II - Mérito

Adentrando ao mérito do litígio, deve-se aferir, tendo em vista a redação do instrumento de contrato social, se há disponibilidade jurídica ou econômica de renda em benefício dos sócios quotistas na oportunidade da apuração dos resultados dos exercícios. Havendo distribuição automática de lucros (equivalente à disponibilidade de renda uma vez que assim é a interpretação da Corte Suprema), o pedido deverá ser julgado improcedente, entretanto, incorrendo, a restituição será devida.

Tomemos sempre como norte a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 7.713/88, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI 7.713/88. IMPOSTO DE RENDA NA FONTE, INCIDENTE SOBRE O LUCRO LIQUIDO. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário deste Tribunal, decidindo prejudicial da validade do art. 35 da Lei 7.713/88, declarou a inconstitucionalidade da alusão a *"o acionista"* e a constitucionalidade das expressões *"o titular de empresa individual"* e *"o sócio cotista"*, exceto, no tocante a essa última, quando, segundo o contrato social, não dependa do assentimento de cada sócio a destinação do lucro líquido a outra finalidade que não a de distribuição. Recurso extraordinário conhecido e parcialmente provido, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para, a vista das disposições contidas no contrato social e a luz da orientação firmada nesta Corte, julgar a matéria como entender de direito.

RE 181500 / SC - SANTA CATARINA

² Processo Administrativo Fiscal: Decreto nº 70.235/72 – São Paulo: Saraiva, 1993. p. 386.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

Sendo assim, na acepção da Suprema Corte, afigurava-se inconstitucional a exigência quando dependesse de assentimento dos quotistas. A propósito, motivada pela Resolução do Senado Federal nº 82/96, a Secretaria da Receita Federal, por meio da IN nº 63/97, vedou a constituição de crédito tributária fulcrado no artigo 35 da Lei nº 7.713/88, nos seguintes termos:

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.

Nesses casos (sociedades anônimas e sociedade por quotas de responsabilidade limitada cujo contrato social não preveja distribuição automática dos lucros apurados), não haverá a incidência da exação, haja vista que, consoante entendeu o Ministro Marco Aurélio no RE 172058-1 SC, "(...) o artigo 35 da Lei nº 7.713/88, ao desprezar a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica como fato gerador do imposto sobre a renda, acabou por trazer à balha fato gerador diverso, ou seja, o consubstanciado na simples apuração do lucro líquido na data do encerramento do período-base."

Neste ponto, de se conjugar tais premissas com a interpretação do artigo 17 do contrato social da Recorrente (fls. 195, 228, 267, 314 e 372), vigente nos anos-calendário em comento.

Pois bem. Vejamos a redação:

"(...) Do lucro líquido apurado, após as deduções e amortizações devidas, inclusive a provisão do imposto de renda a pagar, 80% (oitenta por cento) serão distribuídos às quotistas como dividendos para pagamento dentro dos 90 (noventa) dias que se seguirem ao encerramento do exercício social, salvo deliberação em contrário das quotistas, sendo 20% (vinte por cento) restantes levados à conta de reservas livres." (fls. 267)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

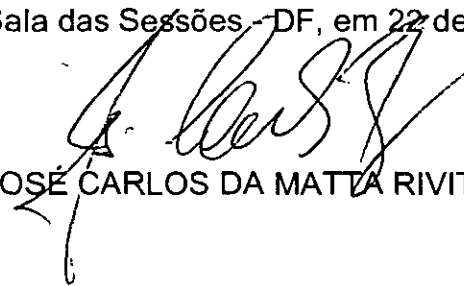
Processo nº : 11610.009108/2002-76
Acórdão nº : 106-15.336

Pois bem. Da dicção do contrato social até verifica-se que o pagamento de 80% dos lucros está condicionado a uma deliberação dos quotistas no prazo de 90 dias ao encerramento do balanço. Em outras palavras, a conjugação deste dispositivo com as premissas antes apontada à luz da jurisprudência, de fato somente poderá ser verificada frente às ocorrências havidas com a sociedade.

Não se verifica, nos autos, deliberação dos sócios quanto à destinação dos lucros do ano-calendário de 1991, diferentemente do que ocorreu com os lucros gerados nos anos-calendário de 1989, 1990 e 1992. Dessa forma, não teria ocorrido no mundo fático o implemento da condição prevista no Contrato Social, pelo que, quanto aos lucros do ano-calendário de 1991, não se verificaria respaldo na tese antes exposta.

Pelo exposto, dou parcial Provimento ao presente Recurso Voluntário, deferindo, assim, parcialmente o pleito de repetição do indébito tributário, excluindo-se da base de cálculo da restituição os valores pagos a título de ILL referentes ao ano-calendário de 1991, nos termos da fundamentação supra.

Sala das Sessões - DF, em 22 de fevereiro de 2006.


JOSE CARLOS DA MATTA RIVITTI 