



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 11610.016143/2002-41
Recurso nº 139.646 Voluntário
Matéria IRF - Ano(s): 1990 a 1992
Acórdão nº 106-16.636
Sessão de 05 de dezembro de 2007
Recorrente CONSTRUTORA OAS LTDA
Recorrida 10ª TURMA/DRJ - SÃO PAULO - SP I

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - ILL -
RESTITUIÇÃO DE VALORES REFERENTES AO IMPOSTO
DE RENDA RETIDO NA FONTE - PEDIDO DE
RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO SOBRE
RECOLHIMENTOS EFETUADOS - SOCIEDADE POR
COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - Para as
sociedades por quotas de responsabilidade limitada, não estando
consignado no contrato social a distribuição imediata dos lucros
aos sócios, atendidas as determinações do parágrafo único do art.
1º da IN SRF nº 63, de 24/07/1997, portanto, indevido o ILL.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por
CONSTRUTORA OAS LTDA.

ACORDAM os membros da sexta câmara do primeiro conselho de
contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, nos termos do relatório
e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANA MARIA RIBEIRO DOS REIS
Presidente


ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA
Relatora

FORMALIZADO EM: 05 MAI 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Antonio de
Paula, Roberta de Azeredo Ferreira Pagetti, César Piantavigna, Giovanni Christian Nunes
Campos, Lumy Miyano Mizukawa e Gonçalo Bonet Allage.

D

D

Relatório

Iniciou o presente processo pedido de restituição/compensação, protocolizado em 16/11/2001, referente ao imposto sobre a renda incidente sobre o lucro líquido (ILL), nos anos-calendário 1991 a 1993, exercícios 1992 a 1994.

2. Após negativa da autoridade fiscal e manifestação de inconformidade do sujeito passivo, o colegiado julgador de primeira instância refutou o pedido dizendo estar decaído o direito à restituição perpetrada, vez que decorridos mais que cinco anos entre a data do recolhimento do tributo e a protocolização do pedido de restituição.

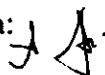
3. O processo veio a julgamento nesta Sexta Câmara, que, à unanimidade, afastou a decadência do direito de pleitear a restituição pretendida, com esteio no entendimento de que a Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997, no seu artigo 1º, reconheceu a não obrigatoriedade pelo recolhimento do imposto sobre a renda retido na fonte sobre o lucro líquido, não apenas para as sociedades por ações, sujeitando a que o contrato social, na data do encerramento do período base de apuração, não houvera previsto a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio, do lucro líquido apurado. Dessarte, deveria ser tomada a data da publicação desta norma como o *dies a quo* para a contagem do prazo a que estava submetido o contribuinte para pleitear a restituição do indébito gerado com o entendimento veiculado por ela. Isto porque, antes da publicação da norma, não tinha o contribuinte o conhecimento do que era indevida a exação, e não se reconhecer tal fato seria penalizá-lo por ato que não praticou quando o seu direito não era reconhecido.

4. Após solução de Recurso Especial de Divergência e Agravo Regimental, interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, os autos retornaram à Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo (SP), para que se pronunciasse sobre o cabimento do pedido, diante das normas de restituição/compensação pertinentes.

5. Por meio de Despacho Decisório, a autoridade fiscal decidiu pelo indeferimento do pedido, com base no entendimento de que os contratos sociais, vigentes nos períodos-base em análise, previam a disponibilidade econômica e jurídica imediata aos sócios quotistas, do lucro líquido apurado.

6. Com a interposição de manifestação de inconformidade, o dissídio foi levado à 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP I (SP), cujos membros decidiram pelo indeferimento do pedido, sob o entendimento de que a inconstitucionalidade do ILL somente foi estendida às demais sociedade, além das sociedades anônimas, se a destinação dos lucros apurados estiver condicionada à aprovação de decisão coletiva, ou seja, desde que pendentes somente da decisão dos seus membros societários. Assim, na espécie, por constar no contrato social a disponibilidade imediata dos lucros apurados, seria devido o ILL correspondente.

7. Cientificado em 27/04/2007, o sujeito passivo, irredimido, interpôs, tempestivamente, recurso voluntário, onde expõe, em síntese, os seguintes argumentos de defesa:



I – em preliminar, a nulidade do acórdão de primeira instância, por desatender a determinação constante do Acórdão 106-14.316, como também porque ficou adstrito em apreciar somente o contrato social, com o agravante de mencionar que aquele instrumento previa a disponibilidade econômica ou jurídica, imediata aos sócios quotistas, em desconformidade com a realidade;

II – seja apreciado o mérito do pedido, haja vista que não distribuiu lucros para os seus sócios quotistas, e a tributação do ILL tem como hipótese de incidência o efetivo acréscimo patrimonial daqueles sócios, prevalecendo, portanto, o artigo 43 do Código Tributário Nacional;

III – segundo o contrato social da empresa, o seu exercício social encerra em 31 de janeiro de cada ano, consequentemente, os resultados apurados em 31 de dezembro de 1990 a 1992 têm o propósito exclusivo de apurar o resultado para fins fiscais – apuração do lucro real e da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, não pode ser utilizado como base para a distribuição de lucros para os sócios, pois o balanço societário que a autoridade fiscal entende que o contrato social autoriza a sua distribuição para os sócios é aquele apurado em 31 de janeiro de cada ano;

IV – o fato de a autoridade julgadora não apreciar se ocorreu ou não a efetiva distribuição do lucro líquido para os sócios tem cerceado o seu direito de defesa e procrastinado a decisão terminativa deste processo, causando prejuízo tanto para a Administração Pública como para o sujeito passivo;

V – procedeu ao pedido de restituição cumulado com o pedido de compensação (fls. 1, 2, 3 e 16), ademais, o artigo 49 da Lei nº 10.637, de 30/12/2002, alterou o artigo 74, § 4º, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, determinado, que os pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa serão considerados declaração de compensação, desde o seu protocolo, para os efeitos previstos no artigo;

VI – a possível falta de apresentação do pedido de restituição pode, no máximo, ser tratada como erro material, que pode e deve ser suprido pela Administração Tributária, em prestígio ao princípio da oficialidade;

VII – para afastar qualquer dúvida na apreciação do mérito, está anexando o Livro Razão Analítico das contas que integram o Patrimônio Líquido, demonstrações contábeis escrituradas no Livro Diário e as declarações de IRPJ;

VIII – caso o julgador entenda que as provas acostadas nos autos não são suficientes solicita a realização de diligência e/ou perícia e, para tanto, apresenta os quesitos.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, Relatora

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O dissídio posto nos autos cinge-se ao pleito de que seja acolhida a tese de que os valores recolhidos a título de imposto sobre a renda retido na fonte sobre o lucro líquido (ILL), nos anos-calendário de 1989 a 1992, exercícios 1990 a 1993, cuja incidência se dera por determinação do artigo 35 da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, sejam considerados indevidos, isto para que seja concedida a restituição de tais valores.

Ultrapassada a análise da decadência do pedido de restituição, cabe-nos enfrentar a discussão surgida com o julgamento de primeira instância, no sentido de que seja analisado se a empresa apresenta os requisitos para a não incidência do ILL, no período em discussão.

Na espécie, trata-se de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, portanto, não abrangida pela Resolução nº 82, em 19/11/1996, do Senado Federal, que suspende a execução do referido artigo 35 da Lei nº 7.713, de 1988, no que diz respeito à expressão “o acionista” nele contida, retirando-o do mundo jurídico. Sendo que, por sua restrição apenas aos acionistas, tal dispositivo aplicou-se imediatamente apenas para os participantes das sociedades por ação.

Contudo, a Secretaria da Receita Federal editou a Instrução Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997, que no seu artigo 1º assim preceitua:

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 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.
(destaques da transcrição)

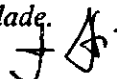
A determinação emanada da Administração Tributária exara o entendimento de que para as demais sociedades, e não apenas para as sociedades por ações, foi reconhecida a não obrigatoriedade pelo recolhimento do imposto sobre a renda retido na fonte sobre o lucro líquido sujeitando a que o contrato social, na data do encerramento do período base de apuração, não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado.

Ou seja, não havendo, no contrato social, a previsão da disponibilidade automática ao sócio cotista, do lucro líquido apurado, não se perfaz a condição de obrigatoriedade da incidência do ILL.

Nos autos consta cópia de consolidação do Contrato Social da empresa (fls. 239 a 245), e que se repete nas demais vigentes à época abrangida pelo pedido, cuja cláusula sétima determina:

CLÁUSULA SÉTIMA

O exercício social será encerrado em 31 de janeiro de cada ano, quando serão levantados balanços anuais, podendo também a critério dos sócios ser levantados Balanços Intermediários periódicos, para atender possíveis conveniências, da Sociedade.



PARÁGRAFO ÚNICO – Os lucros ou prejuízos verificados em balanço serão distribuídos ou suportados pelos sócios, na mesma proporção da subscrição do Capital Social.

Salvo melhor juízo, pela previsão contratual, não se encontra expressa a determinação da disponibilidade imediata aos sócios cotistas do lucro líquido apurado ao final de cada exercício financeiro.

Entendo que o contrato social da empresa veicula a possibilidade de que a disponibilização dos lucros ao quadro societário se dê de acordo com deliberações dos próprios sócios. Dessarte, não se pode, de pronto, afirmar que, por expressa disposição contratual os lucros teriam sido automaticamente distribuídos.

Em julgamento que tratou de matéria semelhante, a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, no Acórdão nº CSRF/01-04.404, assim se pronunciou:

A incidência do Imposto de Renda na Fonte depende da disponibilidade econômica ou jurídica da renda ou proventos conforme definido no CTN.

A disponibilidade econômica surge no momento em que o recurso esteja disponível para o beneficiário em sua conta corrente bancária ou em moeda.

A disponibilidade jurídica surge no momento em que o beneficiário, embora ainda não podendo utilizar o recurso, passa a ter juridicamente direito sobre aquela quantia lançada, por exemplo: um proprietário que aluga seus imóveis através de uma administradora deve considerar os recursos como recebidos por ocasião do pagamento à administradora, mesmo que essa venha a repassá-los no mês seguinte, deve considerar para efeito do imposto de renda na data do pagamento por parte dos inquilinos. A administradora não poderá dar outro destino ao valor recebido senão entregá-lo ao senhorio, portanto não depende de deliberação sua. Concluindo, a disponibilidade jurídica ocorre quando os recursos embora não estejam fisicamente à disposição do beneficiário, a eles tem direito por valor certo e imutável e independente de deliberação de qualquer outra pessoa, física ou jurídica.

Feitas essas considerações, transcrevemos a cláusula do contrato que trata do assunto, contida no artigo 11 folha 155:

"ARTIGO 11º

Em 31 de dezembro de cada ano, será realizado um balanço para apuração dos lucros ou prejuízos os quais serão divididos ou suportados na proporção do Capital de cada sócio."

Analizando a cláusula acima, poderia à primeira vista o intérprete entender que há a disponibilidade dos lucros, pois do ponto de vista contábil somente podemos falar em divisão se houver distribuição, porém numa análise mais acurada desse texto podemos afirmar que ele apenas indica que os lucros serão divididos e não distribuídos, mas não é só isso, pela decisão do STF, além da previsão de distribuição ela tem que ser imediata, o artigo do contrato social nada fala sobre o aspecto temporal.

Além disso como determinou o próprio STF cada caso tem de ser analisado, na presente lide, além da cláusula não ser expressa quanto à



distribuição e nem quanto ao tempo, o que implicaria na inversão do ônus da prova ou seja a autoridade deveria provar a distribuição.

O entendimento esposado no r. Acórdão é o de que a condição de disponibilidade imediata do lucro, ou seja na data do balanço e não em datas futuras, deve estar expressa no contrato social, o silêncio ou qualquer redação que não levem a essa certeza deve ser entendida pela necessidade de deliberação dos sócios para que tal ocorra.

Com efeito, demarcado que a peticionante atende à exigência veiculada pelo parágrafo único do artigo primeiro da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997, deve ser reconhecido o seu direito ao crédito referente ao ILL pago, referente aos anos-calendário 1991 a 1993, exercícios 1992 a 1994.

Por outro lado, demarcado o atendimento da recorrente quanto às exigências no tocante ao direito creditório em questão, cumpre analisar, segundo o desenvolvimento dos autos, a forma como deverão os créditos ser aproveitados.

De fl. 01, apresenta o sujeito passivo pedido de compensação com tributos vincendos, sendo que, na petição de fls. 02 a 03, registra o direito à restituição, nos seguintes termos:

Este pleito está consubstanciado também pela IN – SRF 63, de 24/07/1997, publicada no DOU de 25/07/1997.

Tendo em vista o disposto no artigo 168, II do CTN, em que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos a partir da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, conjugado com o artigo 100, I, do CTN, que no caso em apreço diz respeito à IN-SRF 63/97.

O direito à restituição de pagamentos indevidos está inscrita no artigo 165, I, do Código Tributário Nacional, que assim determina:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

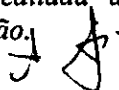
I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido.
(destaques da transcrição)

À época da apresentação da formulação do pleito em discussão, a regência dos pedidos de restituição/compensação se dava sob a égide dos artigos 73 e 74 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, nos seguintes termos:

Art. 73. Para efeito do disposto no art. 7º do Decreto-lei nº 2.287, de 23 de julho de 1986, a utilização dos créditos do contribuinte e a quitação de seus débitos serão efetuadas em procedimentos internos à Secretaria da Receita Federal, observado o seguinte:

I-o valor bruto da restituição ou do ressarcimento será debitado à conta do tributo ou da contribuição a que se referir;

II-a parcela utilizada para a quitação de débitos do contribuinte ou responsável será creditada à conta do respectivo tributo ou da respectiva contribuição.



Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração. (destaques da transcrição)

Posteriormente, a redação do artigo 74 foi alterada pela Lei nº 10.637, de 25/07/2002, passando a vigorar da seguinte forma:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 25/07/2002)

Com efeito, pela inteligência dos excertos legais trazidos à baila, entendo que o sujeito passivo, com a apresentação do pedido de compensação (fl. 01) e a menção expressa ao pedido de restituição na exordial, supriu a formulação dos pleitos exigida nas normas.

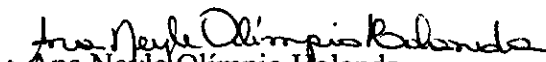
E, pelos dispositivos invocados, é extrema de dúvidas que, comprovada a existência de pagamento indevido ou a maior que o devido, o contribuinte tem direito à restituição de tal valor.

De outra banda, cumpre observar que o sujeito passivo, embora formulando o pedido de compensação, deixou de indicar os tributos que queria ver cobertos com a utilização dos créditos em questão.

Entretanto, estando reconhecido o direito ao crédito, a compensação deve ser empreendida de conformidade com as normas que regem a matéria.

Forte no exposto, somos pelo provimento do recurso voluntário apresentado.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2007 


Ana Neyde Olímpio Holanda