



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13870.000121/2001-43
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-005.739 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2021
Recorrente OLÍMPIA AGRÍCOLA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/12/1992

ILL. IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL, EM CONTRATO SOCIAL, QUE DETERMINE DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DE LUCROS. EXISTÊNCIA DE PACTO INSTRUMENTAL QUE PREVÊ CONDIÇÃO PRÉVIA À REGULAR DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO RECONHECIDA POR FORÇA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DE DISPOSITIVO LEGAL

A existência de cláusula contratual que estabeleça condição futura que potencialmente reduza o lucro apurado no exercício e impacte a distribuição de dividendos aos sócios afasta a imediata disponibilidade econômica e jurídica do lucro que autorizaria a cobrança do Imposto sobre o Lucro Líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713/88, inclusive no que diz respeito às sociedades por cotas de capital.

Só é exigível a cobrança do ILL dos contribuintes cujos atos constitutivos prevejam objetivamente a distribuição automática de lucro aos sócios ao final do exercício, revelando-se inexigível o tributo nas hipóteses em que os instrumentos estipulem condição passível de modificar quaisquer dos elementos da relação obrigacional havida entre sócios e a companhia, sejam eles materiais, temporais, temporais ou quantitativos.

A declaração de inconstitucionalidade resultante do julgamento pelo STF do RE 172.058/SC, de 30/06/1995, autoriza a repetição do indébito tributário do ILL, nas hipóteses em que o contribuinte demonstre que seus atos constitutivos não preveem disponibilidade econômica e jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período base, mercê da aplicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, superar a nulidade do acórdão recorrido, para dar provimento ao Recurso Voluntário, reconhecendo-se o direito creditório pleiteado.

(documento assinado digitalmente)

Heitor de Souza Lima Junior - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo – Redator *ad hoc*

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: : Giovana Pereira de Paiva Leite, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Bianca Felicia Rothschild, Rafael Taranto Malheiros, Lucas Esteves Borges, Marcelo Jose Luz de Macedo e Heitor de Souza Lima Junior (Presidente).

Relatório

Com fundamento no § 13 do art. 58 do Anexo II do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 2015, fui designado pelo Presidente da Turma para redigir o presente Acórdão, em face da extinção do mandato da Conselheira Relatora Bianca Felícia Rothschild.

O julgamento do processo ocorreu na sessão de 20/10/2021, na qual a Conselheira relatora fez a leitura do relatório e proferiu seu voto.

Tendo em vista que partilho dos mesmos fundamentos constantes do voto vencedor, adoto o relatório e o voto proferido pela Conselheira Relatora, cuja transcrição segue abaixo:

Inicialmente, adota-se parte do relatório da decisão recorrida, o qual bem retrata os fatos ocorridos e os fundamentos adotados até então:

A interessada solicitou restituição (fl. 3) de indébitos do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), instituído pela Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art.35, que foi declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo o Senado Federal, por meio da Resolução nº 82, de 1996, determinado a suspensão da execução do citado artigo 35, no que diz respeito à expressão “acionista” nele contida.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, SP, por meio do despacho decisório de fls. 121/126, indeferiu a solicitação da contribuinte considerando ter ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição. Além disso, entendeu que, considerando que não foi

apresentado pela peticionária o contrato social vigente na data de encerramento do período-base de apuração e suas eventuais alterações, documento essencial para analisar a hipótese de não incidência do ILL, nem elementos comprobatórios da não efetivação da distribuição do lucro, indicando a assunção do encargo financeiro sobre o ILL, não teria se configurado o direito creditório.

Inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 131/143, analisada por esta Turma de Julgamento, que proferiu acórdão (fls. 157/161), indeferindo a solicitação da contribuinte por entender que estava extinto o seu direito, pela ocorrência da decadência, além de se considerar que restou sem comprovação a destinação dada aos lucros.

A contribuinte apresentou recurso voluntário ao antigo Conselho de Contribuintes (fls. 165/173), no qual defendeu tão-somente que não teria ocorrido a decadência do seu direito. A Sexta Câmara do Primeiro Conselho proferiu o acórdão de fls. 181/186, afastando a decadência e determinando o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento para enfrentamento do mérito.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou recurso especial contra este acórdão (fls. 191/204), pleiteando o reconhecimento da decadência do direito à restituição do ILL, contada a partir da data de cada pagamento indevido eventualmente comprovado. A Presidente da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes deu seguimento ao recurso (fls. 206/207), determinando a ciência à contribuinte para apresentação de contra-razões, as quais foram anexadas às fls. 211/217.

Analisando o recurso especial interposto, os membros da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, acordaram em lhe negar seguimento (fls. 219/225) e determinar o retorno dos autos à unidade local da RFB para apreciação das demais questões relacionadas ao pleito.

Pelo despacho de fl. 236, esta DRJ encaminhou o processo à DRF em São José do Rio Preto para que o mérito do pedido fosse analisado.

A DRF/São José do Rio Preto proferiu o Despacho Decisório de fls. 274/279, indeferindo o pedido de restituição do ILL, por considerá-lo devido em face da não comprovação, no contrato social, da indisponibilidade dos lucros aos sócios. Em consequência, restou indeferido o pedido de restituição.

Regularmente cientificada desse Despacho Decisório, por via postal, em 26/12/2011 (fl. 282), a reclamante apresentou, em 24/01/2012, a manifestação de inconformidade de fls. 283/303, trazendo as alegações a seguir sintetizadas:

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu como indevida a incidência do ILL relativamente às sociedades limitadas que não previam a distribuição automática dos lucros em seus contratos sociais;

Diante de tal entendimento, a Receita Federal editou a Instrução Normativa nº 63, que, além de vedar expressamente a constituição de crédito de ILL em relação às sociedades por ações, ainda estendeu os efeitos da Resolução do Senado Federal, reconhecendo ser indevida a cobrança do ILL também aos demais tipos de sociedade, cujos contratos sociais, à época da apuração dos lucros, nada previram acerca da distribuição imediata desses lucros;

Para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada (Ltda.), o ILL só seria devido caso os lucros apurados fossem imediatamente colocados à disposição dos sócios, por expressa previsão contratual, conforme jurisprudência;

Para as Ltda. é essencial, para fins de verificação da incidência ou não do ILL, a análise do conteúdo das cláusulas do contrato social de cada empresa, vigentes à época do encerramento do período-base;

Mediante a leitura da cláusula 13 da 9ª alteração contratual de seu contrato social é possível observar que não há previsão alguma de distribuição automática de lucros, pelo contrário, o dispositivo contratual é expresso no sentido de que os lucros terão o destino que for determinado pelos sócios;

Portanto, trata-se da hipótese abrangida pela declaração de inconstitucionalidade do ILL, no que diz respeito às Ltda.;

Os índices de correção monetária aplicáveis no presente caso são os reconhecidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e adotados no Manual de Procedimentos para cálculos da Justiça Federal.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou improcedente a defesa da contribuinte, cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2012

MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a exigência relativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

NULIDADE. MATÉRIA DEFINITIVA.

É nulo o despacho decisório que analisa matéria definitiva na esfera administrativa.

Decisão Recorrida Nula

Direito Creditório Não Reconhecido

Cientificado da decisão de primeira instância, o contribuinte apresentou recurso voluntário, repisando os argumentos levantados em manifestação anterior, acrescentando razões para reforma na decisão recorrida.

É o relatório.

Este foi o relatório original constante do voto proferido pela Conselheira Relatora.

Voto

Conselheiro Marcelo Jose Luz de Macedo, Redator *ad hoc*.

Como destacado inicialmente no relatório do presente acórdão, concordamos integralmente com o que fora decidido à época pela Conselheira Relatora, a qual não mais integra os quadros do presente Conselho Administrativo.

Por tal razão, aproveitamos para também transcrever integralmente o voto da Conselheira Bianca Rothschild durante a sessão:

Recurso Voluntário

O recurso voluntário é **TEMPESTIVO** e, uma vez atendidos também às demais condições de admissibilidade, merece, portanto, ser **CONHECIDO**.

Fatos

Em outubro de 2001, a interessada solicitou restituição de indébitos do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL) dos ACs de 1989 a 1992, instituído pela Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, art.35, que foi declarado parcialmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tendo o Senado Federal, por meio da Resolução nº 82, de 1996, determinado a suspensão da execução do citado artigo 35, no que diz respeito à expressão “acionista” nele contida.

Em março de 2002, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em São José do Rio Preto, SP, por meio do despacho decisório de fls. 121/126, indeferiu a solicitação da contribuinte considerando ter ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição.

Além disso, entendeu que, considerando que não foi apresentado pela peticionária o contrato social vigente na data de encerramento do período-base de apuração e suas eventuais alterações, documento essencial para analisar a hipótese de não incidência do ILL, nem elementos comprobatórios da não efetivação da distribuição do lucro, indicando a assunção do encargo financeiro sobre o ILL, não teria se configurado o direito creditório.

Em maio de 2002, a interessada apresentou a manifestação de inconformidade às fls. 131/143, analisada por esta Turma de Julgamento em Dezembro de 2005, que proferiu acórdão (fls. 157/161), indeferindo a solicitação da contribuinte por entender que estava extinto o seu direito, pela ocorrência da decadência, além de se considerar que restou sem comprovação a destinação dada aos lucros.

Em fevereiro de 2006, a contribuinte apresentou recurso voluntário ao antigo Conselho de Contribuintes (fls. 165/173), no qual defendeu tão-somente que não teria ocorrido a decadência do seu direito.

Em Dezembro de 2007, a Sexta Câmara do Primeiro Conselho proferiu o acórdão de fls.181/186, afastando a decadência e determinando o retorno dos autos à Delegacia de Julgamento para enfrentamento do mérito.

Em junho de 2008, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou recurso especial contra este acórdão (fls. 191/204), pleiteando o reconhecimento da decadência do direito à restituição do ILL, contada a partir da data de cada pagamento indevido eventualmente comprovado.

A Presidente da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes deu seguimento ao recurso (fls. 206/207), determinando a ciência à contribuinte para apresentação de contra-razões, as quais foram anexadas às fls. 211/217.

Em setembro de 2009, analisando o recurso especial interposto, os membros da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, acordaram em lhe negar seguimento (fls. 219/225) e determinar o retorno dos autos à unidade local da RFB para apreciação das demais questões relacionadas ao pleito.

Pelo despacho de fl. 236, esta DRJ encaminhou o processo à DRF em São José do Rio Preto para que o mérito do pedido fosse analisado.

Em agosto de 2011, a DRF/São José do Rio Preto proferiu o Despacho Decisório de fls.274/279, indeferindo o pedido de restituição do ILL, por considerá-lo devido em face da não comprovação, no contrato social, da indisponibilidade dos lucros aos sócios. Em consequência, restou indeferido o pedido de restituição.

Em janeiro de 2012, a reclamante apresentou nova manifestação de inconformidade.

A decisão da autoridade de primeira instância julgou de forma desfavorável ao contribuinte, em acórdão cuja ementa encontra-se abaixo transcrita:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 2012

MATÉRIA NÃO CONTESTADA.

Considera-se definitiva, na esfera administrativa, a exigência relativa a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

NULIDADE. MATÉRIA DEFINITIVA.

É nulo o despacho decisório que analisa matéria definitiva na esfera administrativa.

Decisão Recorrida Nula

Direito Creditório Não Reconhecido

O sucinto voto da decisão de primeira instância, foi assim proferido (e-fl. 445):

De plano há que se reconhecer de ofício a nulidade do despacho decisório recorrido, bem como do despacho proferido por esta Turma de Julgamento à fl. 236.

Isso porque, não obstante o Acórdão de fls. 219/225 tenha determinado o retorno dos autos à unidade local da RFB para apreciação das demais questões relacionadas ao pleito, o fato é que tal apreciação deveria ter se limitado a constatar que o mérito do pedido já estava decidido, e que a matéria é definitiva na esfera administrativa, uma vez que, analisada a questão em primeira instância, não houve contestação no recurso apresentado, limitando-se a recorrente a discutir a decadência do seu direito.

Ainda que a recorrente entendesse que o mérito foi alegado no recurso e não analisado no acórdão do Conselho de Contribuintes, deveria ela ter apresentado embargos de declaração, nos termos do art. 57 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes e da CSRF, aprovado pela Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007, vigente à época dos fatos.

Dessa forma, voto por não conhecer da manifestação de inconformidade e, de ofício, declarar nulo o despacho recorrido.

Em resumo entendeu a DRJ que o acórdão da CSRF, embora tenha determinado o retorno dos autos à unidade local da RFB para apreciação das demais questões relacionadas ao pleito, deveria ter se limitado a constatar que o mérito estava decidido posto que o contribuinte somente se insurgiu em seu primeiro recurso voluntário sobre a decadência, configurando-se o mérito, portanto, “matéria não contestada”.

Uma vez contextualizada a situação dos autos passamos a análise do Recurso Voluntário.

Preliminar**Nulidade da decisão de primeira instância**

Ao analisar o Pedido de Restituição, foi inicialmente proferido despacho decisório (e-fl 121) indeferindo o pleito, sob 3 (três) fundamentos:

- (a) ausência de comprovação de que o contrato social da empresa não previa, à época dos fatos geradores, a disponibilidade automática dos lucros aos sócios;
- (b) ausência de comprovação de que a Recorrente assumiu o encargo financeiro do tributo (que seria de responsabilidade dos sócios cotistas); e, principalmente,
- (c) pelo suposto decurso do prazo decadencial para requerer a restituição.

Essa decisão foi objeto de manifestação de inconformidade (e-fl 131) refutando todos os fundamentos do Despacho Decisório.

Analisando a referida manifestação, a DRJ, por unanimidade de votos, prolatou decisão mantendo o indeferimento da solicitação, entendendo, fundamentalmente, ter havido a extinção do direito de requerer a restituição pelo advento da decadência.

Além desta fundamentação, o v. acórdão também teceu considerações quanto à ausência de provas da não distribuição "automática" dos lucros aos sócios.

Diante dessa decisão, foi interposto recurso voluntário, no qual foram pontualmente refutadas as questões objeto da decisão da DRJ. A Recorrente fez constar alegações relativas à inexistência de decadência relativamente ao direito à restituição.

Analisando o recurso interposto, Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao recurso interposto, para afastar a alegação de decadência invocada na decisão e expressamente determinar "*a devolução dos autos à instância de piso, para que esta proceda ao exame de mérito (direto) da restituição pretendida pela contribuinte*".

Em face dessa decisão, houve interposição de Recurso Especial, objetivando restaurar a r. decisão prolatada pela DRJ que considerou extinto o direito do contribuinte de pleitear a restituição, por força do decurso do prazo decadencial.

A CSRF houve por bem negar provimento ao recurso interposto pela PGFN, e, na parte dispositiva de sua decisão, mais uma vez, fez registrar expressa determinação para o "*retorno dos autos à Unidade local da RFB para que aprecie as demais questões relacionadas ao pleito*".

Dessa forma, e diante dessas duas últimas decisões proferidas pelo antigo Conselho de Contribuintes e pela CSRF, bem como de expressa determinação de exame de todas as demais questões atinentes ao crédito pleiteado, os autos retornaram à DRF de São José do Rio Preto para análise do Pedido de Restituição.

Remetidos os autos à unidade fiscal de origem, a DRF de São José do Rio Preto entendeu por bem não reconhecer o direito creditório pleiteado, indeferindo o Pedido de Restituição da Recorrente, agora sob o argumento de que a cláusula contratual do contrato social da Olímpia Agrícola Ltda., teria, supostamente, previsão de disponibilidade imediata de distribuição dos lucros aos sócios, o que ensejaria o descumprimento da condição necessária para se afastar a incidência do ILL.

Inconformada, a Recorrente apresentou Manifestação de Inconformidade, distribuída, novamente, à C. 3ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto — SP, alegando que as cláusulas do Contrato Social da sociedade comercial não previam a disponibilidade imediata dos lucros aos sócios.

Para surpresa da Recorrente, o órgão julgador houve por bem não conhecer da Manifestação de Inconformidade, e, de ofício, anular o Despacho Decisório que havia indeferido o Pedido de Restituição.

A despeito da confusa fundamentação, o que se pode depreender é que se concluiu que a Recorrente, por ocasião do primeiro Recurso Voluntário interposto, teria se limitado a impugnar apenas a parte da decisão de primeira instância referente à decadência do direito de pleitear a restituição, mas não o argumento relativo à ausência do próprio direito de crédito.

Com o devido respeito, o acórdão ora recorrido desconsiderou solenemente a determinação constante das decisões prolatadas pelo antigo Conselho de Contribuintes e pela CSRF, devendo ser anulada para que haja análise dos fundamentos de mérito conforme determinados pelas decisões mencionadas.

Mérito

Disponibilidade imediata dos lucros

A matéria controvertida nos autos decorre da declaração de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei nº. 7.713/1988, por força do julgamento do RE 172.058/SC, de 30/06/1995, em que o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

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 e 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. (grifou-se)

Em face de tal entendimento, os contribuintes passaram a requestar a repetição do indébito decorrente do recolhimento do ILL – Imposto sobre o Lucro Líquido, tendo a Receita Federal publicado a Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997, assim dispondo sobre o assunto:

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.

A controvérsia consiste, portanto, na constatação da disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período base, razão pela qual se faz necessário observar o contrato social da pessoa jurídica requerente para se alcançar a aplicação ou não do comando normativo oriundo da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto.

O contrato social do interessado (e-fl 91) e respectiva 9ª alteração/consolidação contratual de 1996 estão nos autos, e, nesta última consta a seguinte cláusula que trata sobre a distribuição de lucros (e-fl. 107):

13 — Destinação dos lucros — Os lucros da Sociedade terão o destino que for determinado pelos sócios.

Vê-se que o contrato social estipulava condição prévia à distribuição de lucros, qual seja, a determinação prévia pelos sócios, razão pela qual a disponibilidade jurídica ou econômica do lucro estava condicionada a evento futuro e incerto, no caso, a decisão dos sócios.

Importa registrar que a alteração do contrato social acima mencionada era a válida à época dos fatos.

Parece inquestionável a aplicação da IN nº 63/97, porquanto o contrato social da sociedade requerente não previa a disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio cotista, do lucro líquido apurado, porquanto evidenciada a existência de condição prévia que afetaria o resultado operacional.

Cite-se precedentes do CARE, inclusive desta Turma de Julgamento, no mesmo sentido ora controvertido, a autorizar a restituição reclamada pelo contribuinte, a saber:

ILL. SOCIEDADE LIMITADA. CONTRATO SOCIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DE LUCROS. NÃO INCIDÊNCIA DO ILL. O imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, no caso de sociedade limitada, só pode ser exigido quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado na data de encerramento do período base. Não havendo destinação específica do lucro apurado no

contrato social, qual seja, a partilha entre os sócios ao final do exercício, não existe a disponibilidade jurídica da renda. No mais, em homenagem ao princípio da verdade material, restou demonstrada a inocorrência de distribuição de lucros aos sócios no período. (Acórdão nº 1201-004.127 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 14 de outubro de 2020)

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO ILL. SOCIEDADE LIMITADA. INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO. Nos casos de sociedade limitada, o Egrégio Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da exigência do ILL nos casos em que o contrato social não prevê distribuição automática de lucros. Na hipótese, o contrato social vigente na data do encerramento do ano-calendário não previa que os lucros apurados seriam automaticamente distribuídos. (Acórdão nº 9202-007.150 – 2ª Turma CSRF – Sessão de 29 de agosto de 2018)

ILL - DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DE LUCRO - PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL - Para efeito de incidência do ILL, é imprescindível a previsão expressa no contrato social de que a distribuição de lucros é automática.

Não supre essa condição a cláusula que simplesmente preveja a distribuição conforme a participação no capital social. (Acórdão nº 108-06.601 – 1º Conselho de Contribuintes – Oitava Câmara – Sessão de : 26 de julho de 2001)

ILL — 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. Na hipótese em exame, o contrato social da Recorrente previa que os lucros apurados pela sociedade somente seriam distribuídos após deliberação dos sócios, razão pela qual não pode ser considerada automática a referida distribuição. (Acórdão nº 106-16.702 – 1º Conselho de Contribuintes – Sexta Câmara – Sessão de 22 de janeiro de 2008)

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO (ILL). RESTITUIÇÃO. É pacífica a jurisprudência do CARF a respeito da legitimidade da empresa que tenha recolhido indevidamente valores a título de ILL para pleitear a restituição do respectivo indébito. (Acórdão nº 2201003.509 – 2ª Seção / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 15 de março de 2017)

A existência de cláusula contratual que estabeleça condição futura afasta a imediata disponibilidade econômica e jurídica do lucro que autorizaria a cobrança do Imposto sobre o Lucro Líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713/88, inclusive no que pertine às sociedades por cotas de capital.

Só é exigível a cobrança do ILL dos contribuintes cujos atos constitutivos prevejam objetivamente pacto contratual que expressamente determine a distribuição automática de lucro aos sócios ao final do exercício, revelando-se inexigível o tributo nas hipóteses em que os instrumentos prevejam cláusula que estipule condição passível de modificar quaisquer dos elementos da relação obrigacional havida entre sócios e a companhia, sejam eles materiais, temporais ou quantitativos.

Outrossim, a declaração de inconstitucionalidade resultante do julgamento pelo STF do RE 172.058/SC, de 30/06/1995, autoriza a repetição do indébito tributário do ILL, nas hipóteses em que o contribuinte demonstre que seus atos constitutivos não preveem disponibilidade econômica e jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período base, mercê da aplicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997.

Portanto, em cumprimento ao que fora decidido na declaração de inconstitucionalidade havida pelo STF no RE 172.058/SC, de 30/06/1995, seguindo os precedentes do CARF, reconheço os créditos objeto do Pedido de Restituição em referência, os quais devem ser ressarcidos ao contribuinte.

Conclusão

Desta forma, voto por **CONHECER** do Recurso Voluntário e no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**.

Este foi o voto original proferido pela Conselheira Bianca Felícia Rothschild, reproduzido e aproveitado integralmente pelo presente Redator *ad doc*, o qual então conhece do recurso voluntário do contribuinte para superar a nulidade do acórdão recorrido e no mérito dar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Jose Luz de Macedo