



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	10680.005273/2001-81
Recurso nº	146.190 Voluntário
Matéria	IRF - Anos 1988 a 1991
Acórdão nº	102-47.748
Sessão de	26 de julho de 2006
Recorrente	USINAS SIDERÚRGICAS DE MINAS GERAIS S/A - USIMINAS
Recorrida	3ª TURMA/DRJ/BELO HORIZONTE/MG

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

Ementa: ILL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - 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 nº 63 de 1997 (Acórdão CSRF/01-03.854).

DECISÃO DE PRIMERIA INSTÂNCIA - NULIDADE - AMPLIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA INDEFERIMENTO DE RESTITUIÇÃO NA DRJ. Não é nula a decisão de primeira instância que utiliza novos fundamentos para confirmar o indeferimento de pedido de restituição, além daqueles que motivaram a negativa da autoridade tributária.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - ILEGITIMIDADE ATIVA - O Código Tributário Nacional determina em seu art. 166 que a restituição que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. Todavia, tratando-se de sociedade anônima em que o tributo foi recolhido antes da AGO, o encargo financeiro recaiu mesmo sobre a empresa.

Decadência e preliminar afastadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência e a preliminar de ilegitimidade ativa, determinando o retorno dos autos à 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG para análise de mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.



LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO
Presidente



ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA
Relator

FORMALIZADO EM: 25 SET 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NAURY FRAGOSO TANAKA, LEONARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, JOSÉ RAIMUNDO TOSTA SANTOS, SILVANA MANCINI KARAM, MOISÉS GIACOMELLI NUNES DA SILVA e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão proferida pela 3ª. Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Belo Horizonte - MG, que indeferiu o pedido de reconhecimento do direito creditório sobre alegados recolhimentos indevidos do Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido (ILL), relativos aos anos-calendário de 1989 a 1992.

A solicitação foi indeferida pelo Despacho Decisório de fls. 76 e 77, da Delegacia da Receita Federal em Belo Horizonte/MG. O indeferimento foi justificado pela extinção do direito de a contribuinte pedir restituição. No despacho, fica esclarecido que o pedido de restituição foi entregue em 31/05/2001, ou seja, mais de cinco anos após a realização do último pagamento, em 31/03/1993.

A ciência do despacho se deu em 27/12/2004 (AR, fl. 78). Em 24/01/2005, a interessada apresentou a impugnação de fls. 79 a 98, alegando, em síntese que:

- é inquestionável que os recolhimentos de ILL se transformaram em indébitos tributários, em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 172.058-1/SC (Anexo 02), e da Resolução do Senado Federal n.º 82, de 18 de novembro de 1996 (Anexo 03);
- tanto é verdade, que a Receita Federal publicou a IN SRF n.º 63, de 24 de julho de 1997 (Anexo 06);
- a simples comprovação dos recolhimentos efetuados com base na norma declarada inconstitucional gera, para o sujeito passivo, o direito à restituição, conforme preceitua o art. 165 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional – CTN;
- admitir a perda do direito à repetição do indébito de tributo cobrado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional fere o princípio constitucional da isonomia: o art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, vigeu apenas até o exercício de 1993, período-base 1992, enquanto a declaração de inconstitucionalidade do imposto foi publicada no Diário Oficial da Justiça em 13/10/1995;
- pelo que determina o ADN SRF n.º 96, de 26 de novembro de 1999, o contribuinte não mais faria jus à restituição da exação, relativamente ao período de 1989, pois a divulgação da decisão do STF ocorreu depois de decorrido cinco anos do pagamento do tributo;
- não é justo penalizar a pessoa jurídica que cumpriu rigorosamente a norma legal então vigente;

- a IN SRF N.º 63, de 24 de julho de 1997, beneficiou os maus contribuintes: os que se rebelaram contra o art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, ingressando com ações na justiça; os que não efetuaram o recolhimento e foram autuados;
- o contribuintes cumpridores da legislação tributária são impedidos de ter tratamento isonômico, quando lhes é indeferido o pedido de restituição;
- o parecer PGFN n.º 1.538, de 1999, e o ADN n.º 96, de 1999, foram divulgados em 1999, após decaído, segundo a administração, o direito de pedir restituição referente ao último recolhimento do ILL, que se deu em 1993;
- até a expedição das normas citadas, não havia obstrução ao ressarcimento dos contribuintes;
- os que pleitearam restituição até a expedição do ADN n.º 96, de 1999, mas depois de decorridos mais de cinco anos dos pagamentos do ILL, tiveram suas solicitações deferidas, ao arrepio das normas posteriormente publicadas;
- desse fato decorre mais uma inobservância do princípio da isonomia;
- é da data da publicação da Resolução do Senado Federal, de 18 de novembro de 1996, que conferiu o efeito *erga omnes* à decisão do STF, que se deve iniciar a contagem do prazo para se pleitear restituição: o ADN SRF n.º 96, de 1999, reproduziu o inciso I do art. 168 do CTN, ao estabelecer que o direito de o contribuinte requerer a restituição extingue-se no prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário;
- a decisão judicial passada em julgado é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, prevista no inciso X do art. 156 do CTN;
- em ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos incisos do art. 156 do CTN, há que se considerar extinto o crédito tributário;
- entende a recorrente que se deve considerar o prazo em que se extingue o direito de pleitear a restituição, na ocorrência ulterior dos eventos descritos no dispositivo legal;
- nesse caso, a última manifestação relativa ao ILL foi a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 172.058-1/SC. Nesse sentido, a decisão proferida não faz jus ao que estabelece a Lei n.º 5.172, de 1966, e aplica incorretamente o disposto no próprio ato declaratório;
- no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo para requerer a restituição do indébito se extingue depois de decorridos 10 anos da ocorrência dos fatos geradores: O ILL se sujeita ao lançamento por homologação, previsto no art. 150 do CTN;
- a extinção do crédito tributário relativo ao ILL ocorre com a homologação tácita, que se dá, conforme art. 150 do CTN, após cinco anos da ocorrência dos fatos geradores;

N

- a contagem do prazo de cinco anos para pleitear restituição se inicia após a homologação do lançamento;
- segundo jurisprudência do STJ, a extinção do direito de pleitear restituição só ocorre depois de cinco anos da sentença promulgada pelo STF;
- as decisões do Conselho de Contribuintes que cita fixam as mais diversas datas para o início para contagem do prazo: a da decisão do STF, a da Resolução do Senado, a da IN SRF n.º 63, de 24 de julho de 1997, etc: por qualquer desses entendimentos, seu pedido, protocolizado em 31/05/2001, é tempestivo.

Em 05/04/2005, a DRJ proferiu o Acórdão de fl. 269 e seguintes assim ementado:

"Ementa: RESTITUIÇÃO DE ILL. DECADÊNCIA. Extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento do crédito tributário, o direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente ou a maior.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE. 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, devido exclusivamente na fonte, mas deve comprovar haver assumido o ônus tributário ou estar autorizada pelos que o suportaram.

Solicitação Indeferida"

Cientificada em 02/05/2005, a contribuinte apresentou recurso voluntário em 30/05/2005, fls. 86-93, alegando que (verbis):

" (...) 2 - Negada a restituição, sem fundamento nos documentos, mas em errônea interpretação da decisão constitucional, contrariando a melhor doutrina, recorreu a empresa, mas, perante a Terceira Turma julgadora, não teve melhor decisão, senão que, recrudescida foi a monocrática, trazendo fundamento outro, que, nesse ponto, constitui inovação nos autos, sem que fosse reaberto prazo para a defesa.

3 - Então, PRELIMINARMENTE, pede a recorrente que seja apreciado o cerceio de defesa, para que seja anulada a decisão recorrida, reabrindo-se o prazo, na forma da lei.

Contudo, independentemente da nulidade, caso o E. Conselho decida, no mérito, pelo deferimento do pedido da recorrente, passa ela às suas razões.

4 - Assim ementada está a decisão da E. Turma, com destaque para a inovação trazida na preliminar de nulidade:

(...)

5 - Sem dúvida que a decisão acima não está em sintonia com a doutrina e



Voto

Conselheiro ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Câmara.

O presente litígio refere-se a pedido de restituição do ILL.

Em preliminar a recorrente suscita a nulidade da decisão de primeira instância haja vista que se amparou em novos fundamentos para confirmar a negativa do pleito, além daqueles declinados do despacho decisório da autoridade tributária.

Afasto de plano a preliminar, isso porque a ampliação dos fundamentos para a negativa, que de fato ocorreu (ilegitimidade ativa), não acarretou qualquer cerceamento à recorrente haja vista que foi regularmente cientificada, tendo o prazo de 30 dias para sua defesa.

Os julgadores administrativos têm ampla liberdade para fundamentar suas decisões, observando as normas legais e os princípios que regem o processo administrativo. Há certas limitações quando se trata de apreciação de lançamentos, pois, o julgador não têm competência para constituição do crédito tributário, por conseguinte também está impedido de aperfeiçoá-lo.

Além disso, a atividade administrativa do julgamento no processo administrativo tributária também é vinculada, ou seja, o julgador tem o poder/dever de verificar a legalidade tanto das exigências quanto dos pleitos tributários. Portanto, ao constatar qualquer impedimento ou irregularidade não sanável, o julgador deve suscitá-lo como "razões de decidir" e indeferir o pedido.

Todavia, entendo que, no presente caso, não deve prevalecer o entendimento da decisão recorrida de que a empresa não seria parte legítima para pleitear a restituição do imposto.

Por certo, de acordo com o Código Tributário Nacional, artigo 166, a restituição que comporte, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será

jurisprudência.

Primeiramente, a inconstitucionalidade para as sociedades por cotas está exatamente na questão da não distribuição, a disponibilidade não se presume. Os documentos trazidos pela empresa bem demonstram que os lucros não foram, efetivamente, distribuídos, bastando ver os demonstrativos dos resultados, que se mostram nas declarações do imposto de renda.

(...)

6 - Se os documentos constantes dos autos provam que não houve qualquer distribuição dos lucros, não pode estar legitimado o pagamento, que se tornou indevido.

Mas, agora vem o 'Leão' dando uma daquele personagem de Esopo em 'Lupus et Agnus', quando, sem que tivesse chances de defesa a requerente, e como querendo encerrar a questão, dizer que a empresa não tem a chamada legitimidade ativa, o que é um absurdo, como se passa a demonstrar.

Primeiramente, a o citado artigo 166 do CTN não trata de transferência econômica, como quer a autoridade, com seu arrazoado, que já parte do desconhecimento de que toda a doutrina e jurisprudência em relação à matéria é unânime ao dizer que a restrição trazida pelo citado dispositivo do CTN não tem aplicação nos tributos diretos e a obrigação do citado ILL é direta.

Mas, sobre o assunto a recorrente se recorre dos doutos e de decisões dos TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS SEGUNDA E QUARTA REGIÕES.

(...)

Fácil de ver que, embora tratem os citados autores de ICMS, que, embora indireto tributo, não há impedimento, para a restituição para o sujeito passivo pleitear, com muito mais razão no caso dos autos.

7 - Para fechar a questão a recorrente pede vênias para citar apenas duas decisões, onde se vê que, nos tributos diretos, como se tem no caso concreto, não tem aplicação o disposto no art. 166, do CTN:

(...)

Diante do exposto e provado, pede seja, acatada a preliminar, declarada a nulidade da decisão recorrida, para que se reabra o prazo de defesa e, no mérito, seja provido o recurso, para conceder a restituição do indébito pleiteado, por JUSTIÇA."

Os autos foram encaminhados a este Conselho para julgamento em 13/06/2005

(fl. 99).

É o Relatório.



feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Inexiste impedimento expresso no CTN para que o pleito seja interposto pelo sujeito passivo, que foi responsável pela retenção e recolhimento, e também compôs a relação jurídico-tributária.

Sou de opinião que o atendimento ao disposto no artigo 166 do CTN, deve ser mesmo realizado, mas por se tratar de questão procedimental, pode ser sanado pela interessada junto à unidade de preparo, encarregada do pagamento da restituição.

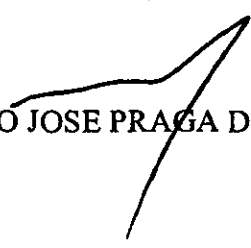
Porém, no caso presente, conforme asseverou em plenário o ilustre Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, os recolhimentos foram efetuados por uma sociedade anônima antes da realização da Assembléia Geral Ordinária - AGO, que decidiu sobre a destinação dos lucros, logo, o encargo foi mesmo suportado pela empresa.

Convenci-me da correção desses argumentos, que aliás já haviam prevalecido neste Colegiado no Acórdão nº102-46.965, proferido na sessão de 08/07/2005, cuja ementa a seguir transcrevo:

"LEGITIMIDADE DA SOCIEDADE ANÔNIMA – Nas sociedades anônimas, os acionistas somente adquirem disponibilidade financeira ou jurídica, em relação ao lucro da empresa, após a deliberação de assembléia geral ordinária. Como o imposto foi apurado sobre os lucros apurados, mas não distribuídos, o ônus econômico do imposto foi suportado pela recorrente, que era sociedade anônima à época do fato gerador e recolhimento do imposto, possuindo, conseqüentemente, legitimidade para pleitear a restituição."

Diante dos exposto, oriento meu voto no sentido de afastar a decadência e a preliminar de ilegitimidade ativa, determinando o retorno dos autos à 3ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG para análise de mérito.

Sala das Sessões-DF, em 26 de julho de 2006.


ANTONIO JOSE PRAGA DE SOUZA