



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10820.000793/94-93
Recurso nº : 05.070
Matéria : IRF - ANOS: 1988 a 1993
Recorrente : DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE ARAÇATUBA - DAEA
Recorrida : DRJ em RIBEIRÃO PRETO - SP
Sessão de : 19 DE MARÇO DE 1997
ACÓRDÃO Nº.: 102-41.367.

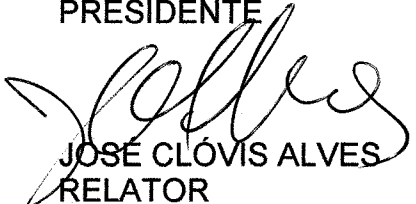
IRF - Comprovado o recolhimento indevido aos cofres do Tesouro Nacional, é devida a restituição do imposto - O desconto do IR do fundo de participação dos Municípios é feito de ofício pelo Tesouro Nacional, não cabendo à recorrente provar essa compensação, como condição para obter a satisfação do seu pleito.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por DEPARTAMENTO DE ÁGUA E ESGOTO DE ARAÇATUBA - DAEA.

ACORDAM os Membros da Segunda 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.


ANTONIO DE FREITAS DUTRA
PRESIDENTE


JOSÉ CLÓVIS ALVES
RELATOR

FORMALIZADO EM: 13 JUN 1997

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: URSULA HANSEN, MARIA CLÉLIA PEREIRA DE ANDRADE, SUELI EFIGÊNIA MENDES DE BRITTO, RAMIRO HEISE e FRANCISCO DE PAULA CORRÊA CARNEIRO GIFFONI. Ausente, justificadamente, o Conselheiro JÚLIO CÉSAR GOMES DA SILVA.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

RELATÓRIO

Em 11 de julho de 1994, o Departamento de Água e Esgoto de Araçatuba pediu restituição do IR fonte, que alega ter recolhido indevidamente aos cofres do Tesouro Nacional, no período de 07/10/88 a 08/11/93; nos termos do artigo 158 inciso I da Constituição Federal promulgada em 05/10/88.

Monta o valor pleiteado em CR\$ 388.462.353,19 já corrigido até 30 de junho de 1994.

Os valores dos recolhimentos foram comprovados pela Seção de Arrecadação da Delegacia da Receita Federal em Araçatuba - SP.

O Delegado da Receita Federal negou o pedido de restituição, cuja decisão passarei a sintetizar:

Até 28 de fevereiro de 1989 valiam as regras da CF anterior que não previa a apropriação pelos Municípios das receitas arrecadadas por suas Autarquias, por força do artigo 34 das disposições transitórias da CF promulgada em 05.10.88 que previu a entrada em vigor do sistema tributário nela previsto, a partir de 1º de março de 1989. Conclui que os recolhimentos até a data mencionada foram realizados corretamente.

Nega a restituição referente aos recolhimentos ocorridos a partir de 01-03-89, por pertencer ao Município, o IR incidente sobre os pagamentos realizados pela autarquia, por força do artigo 158 inciso I da CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93

Acórdão nº. : 102-41.367

Expõe ainda como motivo para negar o pedido, o fato de não estar demonstrado nos autos que as parcelas arrecadadas a partir de 1º de março de 1989, foram compensadas nos valores devidos pela União a título de FPM, nos termos do § 1º do artigo 159 da CF.

Tempestivamente o contribuinte através de seu procurador recorreu a este Conselho argumentando, em síntese, o seguinte:

O pedido de restituição é legítimo pois que o Departamento recolheu o IR indevidamente entre 07-10-88 a 08-11-93, recolhimento esse confirmado pela Receita Federal.

A partir da promulgação da Constituição, o direito ao IR por parte dos Municípios está assegurado conforme artigo 34 parágrafos 1º ao 7º das disposições transitórias da Constituição Federal.

O produto da arrecadação do IR pleiteado, pertence aos Municípios e suas Autarquias. "A Autarquia em seu contexto legal, nada mais é que uma descentralização do próprio Município."

Finaliza dizendo que ao contrário do que cita o Delegado em sua decisão, o IR não está sujeito a compensação com a parcela do fundo de participação do Município, sendo aplicado apenas ao IPI, conforme artigo 159 II da CF.

O processo foi remetido a esta Câmara que em sessão de 19 de setembro de 1995, resolveu por unanimidade converter o julgamento em diligência para que fosse proferida a decisão de primeiro grau nos termos do artigo 2º da Portaria SRF 4.980/94, visto que o litígio somente nasce com a apresentação da inconformidade por parte do requerente da denegação do pedido de restituição.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

A autoridade julgadora de primeira instância confirmou a denegação do pedido de restituição com base nos seguintes argumentos:

Que não ficou constatado o indébito previsto no artigo 165 inciso I da Lei nº 5.172/66.

Que a autarquia possui personalidade jurídica própria, não se confundindo com a do município que a criou, não podendo portanto ser considerada município para efeito do disposto no artigo 158 - I da CF.

“Constata-se no recurso que não foram excluídos dos montantes recebidos pelo município, nos exercício de 1988 a 1993, em cumprimento do § 1º do art. 159 da Constituição Federal acima transcrito, os valores referentes à restituição pleiteada no presente processo. Assim sendo, a União entregou, em cumprimento do mencionado dispositivo constitucional, os percentuais incidentes sobre o produto da arrecadação dos imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, nos quais encontravam-se embutidos o recolhimento dos valores ora pleiteados. Portanto não pode ser atendido o pleito da interessada, pois se isto ocorresse estariam sendo restituídos valores indevidos, tendo em vista que nas entregas efetuadas pela UNIÃO encontram-se computados os valores recolhidos.”

Ressalta ainda como impedimento para a restituição a assunção do ônus, prevista nos artigos 166 do CTN e § 2º do art. 716 do RIR/80.

Inconformado com a decisão monocrática o Departamento interpôs recurso a este Conselho, onde reafirma todos os argumentos da inicial e acrescenta, em epítome, o seguinte:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

Que não está correto e eficaz o entendimento exarado no decisório recorrido quanto a interpretação do art. 159 inciso I parágrafo primeiro, principalmente quanto ao repasse Municipal e compensação com os valores titulados de FPM, onde o ilustre prolator se confundiu uma vez que o art. 158-I e art. 159-I bem ainda respectivo § 1º deste tratam de coisas bem diferentes e diversas.

“Assim é que, no sentido exato e correto das coisas, o artigo 158-I da C.F. expressamente menciona já pertencer ao Município e suas Autarquias o produto de Arrecadação que efetivar diretamente do Imposto de Renda; Por sua vez o artigo 159-I - parágrafo 1º, enfoca pertencer também aos Municípios os produtos arrecadados (indiretamente) pela União; E desta sim entregará ou repassará aos Municípios a quota percentual, descontado o montante já repassado ou entregue a título de participação, o que não ocorre com aquela.”

Que os valores ora pleiteados não estavam embutidos nos percentuais do FPM entregues ao município, visto que a autarquia recolheu-os diretamente à Receita Federal.

Que ao reter o imposto e recolhe-lo à Receita Federal na verdade a Autarquia assumiu o ônus financeiros.

Finalmente faz comentários quanto ao conteúdo do voto que determinou a diligência, repetindo alguns trechos, fazendo reparos à prescrição reconhecida pelo relator dizendo o reconhecimento do direito e este por sua natureza e essência, deve produzir efeitos “ex-tunc”.

Que devem ser aplicadas as regras de contagem de do artigo 173-I do CTN, pelo que ver-se-á, que nenhuma restituição pleiteada está alcançada pela Prescrição.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

O procurador da Fazenda Nacional ofereceu contra-razões ao recurso, fls. 223/226, onde argumenta, em resumo, o seguinte:

Que indubitavelmente ocorreu a prescrição das importâncias recolhidas a título de IRRF até 11/07/89, com apoio no art. 168-I da Lei nº 5.172/66.

Que as autarquias municipais não têm legitimidade para figurar como sujeito constitucional da repartição das receitas tributárias, visto que tal direito pertencer indelegavelmente ao município.

Que a União ao repassar o percentual da arrecadação ao Fundo de Participação dos Municípios não excluiu as quantias pleiteadas e assim tendo englobado os valores requeridos inexistente assim restituição a ser feita.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

VOTO

Conselheiro JOSÉ CLÓVIS ALVES, Relator

O recurso é tempestivo, dele conheço, não há preliminar a ser analisada.

Tendo já discursado sobre o assunto até a inconformidade do contribuinte com a denegação do pedido de restituição por parte do Delegado da Receita Federal em Araçatuba, adotamos seu conteúdo e passamos a decidir a partir da determinação da diligência.

Cabe em primeiro lugar ressaltar que o artigo 158 inciso I da Constituição Federal, não dá base ao contribuinte para pedir restituição do IR, ainda que indevidamente pago, seria sim argumento de defesa, no caso da exigência em lançamento de ofício, por parte da Receita Federal do imposto de renda retido sobre os pagamentos realizados pela Autarquia.

A Lei Federal 8.177 de 01-03-91, na qual diz ter se baseado para corrigir os recolhimentos, não prevê a correção pleiteada.

Quanto à discussão dos itens I e II do recurso, referentes aos recolhimentos efetuados entre outubro de 1988 e fevereiro de 1989, não assiste razão ao recorrente visto que o artigo 34 das disposições transitórias da Constituição Federal de 1988, determina a entrada em vigor do sistema tributário nacional no primeiro dia do quinto mês seguinte ao da sua promulgação, ocorrida em 05-10-88.

Quanto às matérias tributárias que entrariam em vigor imediatamente com a promulgação da Constituição, estão contidas no § 1º do art. 34 das disposições constitucionais transitórias, e entre elas não está o artigo 158, que prevê a apropriação por parte dos Municípios do IR incidente sobre os pagamentos que realizar, verbis:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - ATO DAS DISPOSIÇÕES
CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS:**

Art. 34. O Sistema Tributário Nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1 de 1969, e pelas posteriores.

§ 1º Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154 I, 156 III e 159, I, C, revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente o seu artigo 25, III.

Como se vê pela leitura do texto Constitucional o artigo 158-I, não foi eleito para entrar em vigor com a promulgação da Constituição, logo vigorou a partir de 1º de março de 1989, conforme regra geral para o novo sistema tributário, nos termos do "caput" do artigo 34 acima transcrito.

Nem seria necessária a discussão do pleito quanto aos recolhimentos efetuados até 10 de julho de 1989, visto que o direito à restituição do imposto em 11 de julho de 1994, data do protocolo do pedido, fl. 01, já se encontrava prescrito por força do artigo 168 da Lei 5.172/66 CTN, artigo 721 inciso I do RIR/80, por terem passados 5 (cinco) anos da data da efetivação dos pagamentos indevidos.

O pedido de restituição, dirigido à autoridade competente, suspende o prazo de prescrição até ser proferida decisão final na órbita administrativa. (Lei 154/47 At 1º).



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

Quanto ao item III do recurso cabe lembrar que as autarquias criadas pelos Municípios têm personalidade jurídica própria sujeitas a direitos e obrigações e não se confundem com o seu criador.

Embora saibamos que as autarquias recebem dinheiro do Município têm administração e orçamento próprio, e como tal não têm as mesmas prerrogativas constitucionais do Município, além daquelas que a Constituição quis lhe conferir.

As autarquias municipais a partir de 1º de março de 1989 não precisam recolher à União o IR incidente sobre os pagamentos que realizar, conforme art. 158-I da CF, o que não está assegurado é que a elas pertence o produto da arrecadação desse imposto da União, pelo contrário, o "caput" do referido artigo diz que esse produto pertence aos municípios, não podendo, por extensão entender que pertence à autarquia, sob quaisquer pretextos ou alegações. Aliás o correto é a autarquia descontar o IR e repassa-lo ao município, para cumprir fielmente o mandamento constitucional.

Quanto ao item IV, equivoca-se novamente o nobre recorrente, pois aquele produto da arrecadação do IR na fonte que a autarquia deixa de recolher à União, é descontado do valor a ser transferido ao Município, conforme determina o artigo 159 § 1º da CF de 1988 verbis:

CF 88 - Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

(...)



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93

Acórdão nº. : 102-41.367

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157,I e 158,I. (grifamos)

Embora não enfocada , nem pelo requerente nem pelo delegado denegador da restituição , transcreveremos a base legal para a restituição pleiteada:

RIR/80 - Decreto 85.450/80

Art. 716 A restituição do imposto pago ou recolhido a maior poderá ser feita de ofício ou a requerimento do credor.

(...)

§ 2º- A restituição do imposto que comportar, por sua natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem provar haver assumido o mencionado encargo, de no caso de tê-lo transferido a terceiros, estar por este expressamente autorizado a recebe-la.

Lei 8.383 de 30-12-91:

Art. 66- Nos casos de pagamento indevido de a maior de tributos e contribuições federais, inclusive previdenciárias, mesmo quando resulte de reforma, anulação, revogação de rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes.

(...)

§ 2º- É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Processo nº. : 10820.000793/94-93

Acórdão nº. : 102-41.367

§ 3º - A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

O desconto do IR do fundo de participação dos Municípios é feito de ofício pelo Tesouro Nacional, não cabendo à recorrente provar essa compensação, como condição para obter a satisfação do seu pleito.

Não há dúvida de que a legislação assegura o direito à restituição do imposto indevidamente pago. O direito é do contribuinte, e tendo o Departamento de Água e Esgoto de Araçatuba, assumido o ônus indevido, a ele cabe a restituição.

Os valores recolhidos até 10 de julho de 1989, já tinham sido alcançados pela prescrição na data do requerimento, portanto não podem ser restituídos.

Enganam-se tanto o Julgador monocrático como o Procurador da Fazenda Nacional, ao afirmarem que os valores não foram excluídos dos montantes recebidos pelo município. Pergunta-se em qual ou quais documentos se basearam para fazerem tal afirmação? O julgador monocrático diz que isto está constatado no recurso, porém não é verdade visto que no primeiro recurso indevidamente remetido a este Conselho, nas páginas 191/192 item IV diz textualmente:

“Finalmente, equivoca-se totalmente o R. Decisório quando enfoca, em matéria de Mérito o exposto no inciso II do artigo 159 da Constituição Federal, como óbice à devolução, mencionando na sequência que não houve compensação quando da entrega do Fundo de Participação do Município; O que na verdade não poderia mesmo haver, pois o citado exposto legal refere-se exclusivamente à Imposto Sobre Produtos Industrializados...”



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93
Acórdão nº. : 102-41.367

Pelo texto supra transcrito percebemos que o recorrente em sua discordância quanto à denegação do pedido de diligência não afirmou que não houve a referida compensação, até mesmo por que possivelmente não tenha tido acesso à documentação que provasse tal operação.

Não se pode confundir COMPETÊNCIA tributária, PARTILHA em arrecadação de impostos e REDISTRIBUIÇÃO de receita tributária. Vale dizer que, existem impostos que são da competência tributária exclusiva constitucionalmente de uma entidade federativa, tanto quanto sua arrecadação : ex: II, IOF, IPTU. Outros são de competência tributária exclusiva (leia-se legislativa), mas de arrecadação partilhada. É o caso do ICMS, do ITR, do IPVA, do IR nos casos da fonte provir de receitas do Estado ou Município, como no recurso em análise. Há ainda outro caso, cuja competência tributária (= legislativa) e arrecadatória é exclusiva de uma entidade, mas o resultado da arrecadação é parcialmente redistribuído constitucionalmente com as outras esferas. É o caso do próprio IR, do IPI, via FUNDOS de PARTICIPAÇÃO (LEIA-SE NA ARRECADAÇÃO DA UNIÃO) DE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ISTO IMPLICA EM conseqüências completamente diversas no nível jurídico e operacional. Ou seja, são eventos totalmente diferentes e independentes entre si.

"Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;"

No caso em exame, o art. 158 -I reza indubitavelmente que o IR recolhido na fonte, pago pelos município, é pertencente exclusivamente a ele, sem qualquer partilha com União ou Estados. Portanto as regras contidas nos demais artigos citados, nada tem a haver com esta competência arrecadatória própria e exclusiva, tanto de Estados quanto dos municípios. Trata-se de regras que dizem



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93

Acórdão nº. : 102-41.367

respeito à participação na REDISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DA RECEITA PARCIAL DO IR E IPI, cuja competência tributária e arrecadatória é exclusiva da União. Isto quer dizer que a natureza fiscal deste IR de fonte é de imposto próprio, certamente tão mais próxima do IVVC ou da partilha municipal do ICMS, cujas receitas também são municipais, mas a competência legislativa é parcial (IVVC) ou de outra entidade federativa (ICMS). Portanto não há que se falar, no caso em pauta, de participação do município em qualquer tido de fundo de receitas federal, constitucional ou não, haja visto que a receita é, por expressa disposição constitucional (art. 158 -CF), exclusiva do município e foi recolhida a outra esfera de governo, por erro de fato., conforme comprovado nos autos. Exemplificativamente, seria como se o IPI de um contribuinte do município houvera sido erroneamente recolhido à Fazenda local e a Prefeitura, para devolvê-lo, exigisse prova de que a parcela teórica que lhe será futuramente devida pela União, referente ao IPI devido pelo contribuinte individualizado, houvesse sido creditada a seu favor no FPM. A meu juízo, bem como no de J. Cretella Jr. ("Comentários à Constituição"- 1988 - VOL. VII - FORENSE UNIVERSITÁRIA pgs. 3708/3710) a não devolução do imposto recolhido erradamente a outra esfera de governo, tratar-se-ia de apropriação indébita. A meu juízo, os arts. da CF-88 não deixam dúvidas sobre a matéria. Senão, veja-se:

"Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:"

Ratificando este ponto de vista sobre competência impositiva, partilha e participação em receitas de outras entidades, ver também "Comentários À Constituição do Brasil" 6º Vol. - Celso Bastos e Ives G. Martins, pgs. 17, 18, 19 - Ed. Saraiva-91. Isto posto, creio que não há por quê se falar em FPM, ou qualquer forma de comprovação de participação do município em receitas federais, nem mesmo em



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93

Acórdão nº. : 102-41.367

relação a eventuais dívidas existentes do município com a União, de acordo com o art. 160 da CF, que também trata de regra relativa a repartição de receitas federais (portanto derivadas da competência legislativa e arrecadatória especificamente da União).

ISTO IMPLICA TAMBÉM EM DIZER QUE NÃO HÁ QUE SE FALAR EM DUPLA CONTAGEM DA MESMA RECEITA.

Art. 159. A União entregará:

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma:

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios

Vale lembrar ainda o que dispõe o art. 160:

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias.

Isto implica em que nem a União, nem aos Estados, é lícito reter as receitas próprias que serão redistribuídas aos municípios. Ora, é princípio geral de direito de quem pode o mais, pode o menos. Como é válido linearmente seu contrário, ou seja, quem não pode o menos, logicamente não pode o mais. Portanto se a União



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº. : 10820.000793/94-93

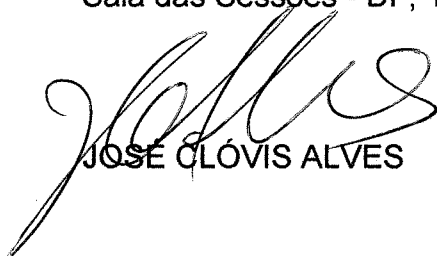
Acórdão nº. : 102-41.367

não pode reter receita própria que é constitucionalmente atribuída em parte aos Fundos de Estados e Municípios, certamente NÃO PODERÁ RETER RECEITAS QUE NÃO LHE PERTENCEM CONSTITUCIONALMENTE, como no caso em exame.

A recursante tem direito à restituição pleiteada não alcançada pela prescrição, não cabendo a ele provar o que o poder executivo deve fazer de ofício.

Assim, conheço o recurso como tempestivo e no mérito voto para dar-lhe provimento.

Sala das Sessões - DF, 19 em de março de 1997.



JOSE CLÓVIS ALVES