



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº. : 13502.000412/00-69
Recurso nº. : 143.880
Matéria : IRPF - Ex(s): 1990 a 1993
Recorrente : INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARTICA DO NORTE - NORDESTE
S. A (INCORPORADA POR COMPANHIA DE BEBIDAS DAS
AMÉRICAS - AMBEV)
Recorrida : 7ª TURMA/DRJ em SÃO PAULO – SP I
Sessão de : 22 DE FEVEREIRO DE 2006
Acórdão nº. : 106-15.343

ILL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. TERMO INICIAL - O termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição ou compensação de tributo pago indevidamente, inicia-se na data da publicação de ato administrativo que reconhece indevida a exação tributária.

NORMAS PROCESSUAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE LEGAL. JULGAMENTO DE MÉRITO - Não se verifica ofensa às normas processuais administrativas no julgamento de Primeira Instância que examinar matéria de direito não enfrentada pelo órgão preparador em face do pedido de restituição / compensação. É de julgar-se o mérito da lide, também quanto ao montante a ser restituído, nos casos em que o direito ampara o recorrente e o órgão responsável pelo controle da arrecadação atesta o recolhimento dos valores nos termos do pedido.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARTICA DO NORTE-NORDESTE S. A (INCORPORADA POR COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV).

ACÓRDAM os Membros da Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencida a Conselheira Sueli Efigênia Mendes de Britto que não acolheu a restituição quanto aos valores recolhidos pela sociedade limitada.


JOSÉ RIBAMAR BARRÓS PENHA
PRESIDENTE e RELATOR

FORMALIZADO EM:

15 MAR 2006



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

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

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and strokes, positioned below the text of the decision.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

Recurso nº : 143.880
Recorrente : INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARTICA DO NORTE - NORDESTE
S. A (INCORPORADA POR COMPANHIA DE BEBIDAS DAS
AMÉRICAS - AMBEV)

RELATÓRIO

INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARTICA DO NORTE-NORDESTE S. A (Incorporada por Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV), qualificada nos autos, interpõe Recurso Voluntário (fls. 396-438) em face do Acórdão DRJ/SPO nº 04.016, de 25.09.2003 (fls.364-387), mediante o qual foi indeferida a Manifestação de Inconformidade relativa ao Pedido de Restituição / Compensação de R\$22.112.780,12 recolhidos a título de Imposto sobre Lucro Líquido – ILL, períodos de 1990, 1991, 1992 e 1993, protocolizado em 06.10.2000 perante a Delegacia da Receita Federal em Camaçari - BA.

À fl. 2, a ora recorrente declara "sob as penas da Lei, não haver utilizado o crédito objeto do presente pedido para a compensação com outros créditos conforme preceitua o art. 66 da lei nº 8.383/91", verificando-se, depois, documentos relativos à decisão de compensar tais valores e Pedidos de Compensação da fl. 145 em diante. Às folhas 03-49, Demonstrativos dos valores recolhidos por várias unidades da empresa e Termos de Retenção emitido pela DRF Camaçari, relativos à DARF e estes próprios apresentados como prova de pagamento do ILL.

Mediante o Despacho Decisório de fls. 159-162, a Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária de São Paulo - SP - DERAT, depois de assentar que analisando os documentos verifica-se que os valores foram recolhidos nos anos-calendários de 1990 a 1990, proferiu o indeferimento do pedido sob o argumento de que o mesmo fora formalizado intempestivamente, a teor do art. 165, inciso I, do Código Tributário Nacional.

O julgado realizado na Primeira Instância depois de relatar o entendimento da DERAT, destacando que o prazo para repetição de indébitos,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

inclusive na hipótese de pagamento de tributo com base em lei considerada inconstitucional o prazo é de cinco anos contados da extinção do crédito como orientou o Ato Declaratório SRF nº 96, de 29.11.1999, no voto, com ele concorda, afirmando que em conformidade com os DARF de fls. 24/50, os pagamentos ocorreram nos períodos de 1990 a 1993, pelo que a extinção do direito de pleitear a restituição extingui-se entre 1995 e 1998.

Verifica-se, examinada a matéria relativa à incorporação pela AMBEV da Indústria de Bebidas Antarctica do Norte-Nordeste S. A (IBA DO NORDESTE) em nome da qual os DARF foram preenchidos e de outras empresas de do grupo Antarctica e da Transportadora Dois Pingüins Ltda..

Depois, afirma-se que o fundamento do pedido de restituição do ILL é a Resolução do Senado Federal nº 82, de 18.11.96, advinda em face da inconstitucionalidade do art. 35 da lei nº 7.713/88, sentenciada pelo STF no julgamento do RE nº 172.058-1/SC cuja ementa transcrita para depois concluir que "no caso de pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Sociedade Anônima, não possuíam os acionistas a disponibilidade econômica ou jurídica imediata do lucro líquido da empresa, como deixa claro o STF. No entanto, a constatação de tal fato não é suficiente para que o pleito da contribuinte seja atendido, como veremos adiante."

E, ainda, sobre "a ilegitimidade ativa", afirma-se que o sujeito passivo da obrigação tributária é o acionista, que tem o ônus econômico, e não a pessoa jurídica responsável pela retenção do imposto. E, "tratando-se o ILL de tributo indireto, que comporta transferência do respectivo encargo financeiro, transferência esta, determinada pela Lei nº 7.713/88 e, não tendo a interessada provado que qualquer das empresa incorporadas tenha assumido o ônus do tributo, não se pode falar em repetição de indébito".

A ementa do acórdão, é a seguinte:

IMPOSTO SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. RESTITUIÇÃO. SOCIEDADE ANÔNIMA E SOCIEDADE POR QUOTA DE RESPONSABILIDADE LTDA - A restituição dos tributos que comportam transferência do respectivo encargo financeiro, somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

No Recurso Voluntário, depois de historiar as razões que levaram ao indeferimento do pedido mediante o Acórdão DRJ/SPOI nº 004.016, a recorrente fundamenta suas razões principalmente na inconstitucionalidade do artigo 35, da Lei nº 7.713, de 1988, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, RE nº 172.058-SC, vindo a ensejar a Resolução do Senado Federal nº 82/96, com efeito *erga omnes*, e, administrativamente, o Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/99. São indicados vários Acórdãos dos Conselhos de Contribuintes sobre o assunto que amparariam o pleito da empresa.

Quanto à empresa Transportadora Dois Pingüins Ltda., a recorrente diz ser detentora do direito à restituição uma vez que o contrato social em vigor à época não previa a disponibilidade econômica ou jurídica dos lucros aos sócios quotistas, o que atestaria o anexo 4.

No pedido, a recorrente requer em preliminar o reconhecimento do direito de repetir por não decaído em face da contagem do prazo a partir da publicação da Resolução do Senado; que seja pronunciado o mérito tendo em vista as evidências claras dos julgamentos anteriores aplicando-se as disposições do art. 28 do Decreto nº 70.235, de 1972.

É o Relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

VOTO

Conselheiro JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, Relator

INDÚSTRIA DE BEBIDAS ANTARTICA DO NORTE-NORDESTE S. A
(Incorporada por Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, por seus representantes, tomou ciência do Acórdão DRJ/SPOI nº 04.016, de 25 de setembro de 2003, em 06.05.2004 (fl. 387) em face do qual interpõe o Recurso Voluntário em 25.5.2004, que conheço por atender às disposições do art. 33 do Decreto nº 70.235.

Conforme relatado, a recorrente deu entrada em 06.10.2000 do pedido de restituição / compensação de valores recolhidos nos períodos-base de 1990, 1991, 1992 e 1993, referentes a imposto sobre lucro líquido, por considerada a cobrança inconstitucional das sociedades anônimas ao que o Senado Federal editou a Resolução nº 82, de 18.11.1996, publicada em 19, seguinte.

O pedido foi indeferido pelo órgão preparador por atingido pela decadência com o que concordou a Primeira Instância de julgamento, que foi mais além, examinando, também, o direito do ponto de vista daquele que suportou o ônus da tributação e com relação à falta de comprovação sobre a previsão de distribuição imediata aos sócios quotistas por uma empresa então limitada, incorporada ao patrimônio da recorrente.

Não se questiona sobre a efetiva arrecadação, constando dos autos, fls. 12-23, os Termos de Retenção emitidos pela Delegacia da Receita Federal de Camaçari - BA, ao que se considera estar o pedido conforme no respeito ao "quantum" original a ser restituído, transpostas as demais questões.

Quanto ao prazo para requerer a restituição dos valores recolhidos a título de ILL pelas sociedades anônimas, o entendimento devidamente pacificado, quer nos conselhos de Contribuintes quer na Câmara Superior de Recursos Fiscais, é no sentido que o prazo inicial é 19.11.1996, data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, cujo teor é o seguinte, *verbis*:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

Art. 1º É suspensa a execução do art. 35 da Lei nº 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" nele contida.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 18 de novembro de 1996

O texto da Lei nº 7.713, de 1988, excluído do ordenamento jurídico, em face da Resolução, cumpria a seguinte redação:

*Art. 35. O sócio quotista, o **acionista** ou titular da empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de oito por cento, calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.*

No âmbito da Secretaria da Receita Federal "em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997" foi editada a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997, D.O.U. de 25.07.1997, da qual se destaca, verbis:

Art. 1º Fica vedada à 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.

...

A construção jurisprudencial tem por fundamento nos artigos 165, inciso III, e 168, inciso II, do Código Tributário Nacional, verbis:

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 artigo 162, nos seguintes casos:

..

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

...

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Da dicção da lei é de ser restituído ao sujeito passivo o valor de tributo indevido, cobrado ou pago espontaneamente, em face da legislação tributária aplicável.

No caso, a legislação aplicável corresponde à redação original do art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, que determinou a exação tributária; a ADIN que definiu a inconstitucionalidade do dispositivo legal; a Resolução do Senado, que suspendeu o diploma legal supra do ordenamento jurídico; o art. 168, do CTN, que determina o prazo de cinco anos para que a devolução dos valores pagos indevidamente, a partir da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Ora, se uma decisão administrativa tem a força para estabelecer o prazo para repetir o imposto pago indevidamente o que se dizer de uma decisão do Senado Federal no exercício de suas funções constitucionais.

É de firmar-se, portanto, que o termo inicial para a pleitear a restituição de tributos arrecadados indevidamente, na situação das sociedades anônimas, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da publicação da Resolução do Senado, 19.11.1996.

Tendo o Pedido de Restituição dos valores pagos indevidamente sido foi protocolizado em 06.10.2000, não há que se falar em decadência do direito de requerer a restituição / compensação.

Na situação das empresas por Quota de Responsabilidade Limitada, no âmbito da Secretaria da Receita Federal "em vista do que ficou decidido pela Resolução do Senado nº 82, de 18 de novembro de 1996, e com base no que dispõe o Decreto nº 2.194, de 07 de abril de 1997" foi editada a Instrução Normativa SRF, nº 63, de 24 de julho de 1997, D.O.U. de 25.07.1997, da qual se destaca, verbis:

Art. 1º Fica vedada à 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

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.

No julgamento de primeira instância discorreu-se sobre a inexistência nos autos de prova da previsão de disponibilidade econômica dos lucros por parte dos sócios da Transportadora Dois Pinguins Ltda., empresa que veio a ser sucedida pela recorrente. O contrato de constituição desta empresa datado de 20 de março de 1975, trazido nesta fase recursal (540-544), com relação à distribuição dos lucros, estabelece:

...
NONA - LUCROS E PERDAS

Os lucros e as perdas, apuradas em Balanço, serão partilhados entre os sócios, proporção de sua participação no capital social.

§ 1º - Dos lucros líquidos, apontados no Balanço social, 30% (trinta por cento) serão levados ao FUNDO DE RESERVA ESPECIAL para, oportunamente, serem incorporados no capital social; 10% (dez por cento) dos lucros líquidos referidos, serão levados ao FUNDO ESPECIAL, para manutenção do capital circulante; e, o saldo restante, que corresponderá a 60% (sessenta por cento) dos lucros líquidos aludidos, será dividido a cada sócio, de acordo com sua participação no Capital Social.

As alterações posteriores, inclusive a datada de 29 de junho de 1990 (fls. 529-530) não trataram do assunto distribuição dos lucros. Logo, quanto aos valores arrecadados pela Transportadora Dois Pinguins Ltda., a disponibilidade jurídica dos lucros aos sócios se fizeram em 60%.

Em face do exposto, no caso presente, considero que a decisão não pode mais ser apenas no sentido de AFASTAR a decadência e devolver ao órgão para exame de mérito, como tem sido na maioria dos julgamentos desta espécie de matéria.

Como visto, o órgão preparador deixa claro que os valores constantes dos DARF foram efetivamente recolhidos, ao tempo que a DRJ avançou no exame do direito para negar-lhe sob o fundamento de ser o ônus da arrecadação suportados pelos acionistas.



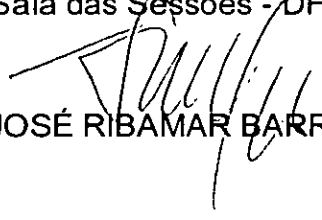
MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº : 13502.000412/00-69
Acórdão nº : 106-15.343

Como sabido, a Resolução do Senado ao expurgar a legislação do ordenamento jurídico o termo acionista, em relação às sociedades anônimas não o fez sob qualquer condição resolutória, tampouco se perquiriu sobre a pessoa que arcou com o ônus do valor arrecadado. Ao tempo, a inconstitucionalidade da tributação dos dividendos por ocasião da apuração dos lucros teve razão no conhecimento de que a distribuição dos dividendos aos acionistas decorre de decisão da Assembléia Geral Ordinária da Sociedade Anônima.

Assim posto, voto no sentido de DAR provimento parcial ao recurso para AFASTAR a decadência do direito de pedir da recorrente e RECONHECER o direito da recorrente à restituição dos valores retidos indevidamente pelas Sociedades Anônimas incorporadas e 40% do valor retido pela empresa Transportadora Dois Pinguins Ltda., aplicando-se as conversões e atualizações monetárias conforme a legislação própria.

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


JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA