



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13804.002993/2001-30
Recurso nº 137.335 Voluntário
Acórdão nº 2802-00.228 – 2ª Turma Especial
Sessão de 10 de março de 2010
Matéria IRF- Ano(s): 1990 a 1992
Recorrente UNIÃO BRASILEIRA DE VIDROS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1991, 1992, 1993

ILL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 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 de valores indevidamente recolhidos.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1991, 1992, 1993

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO MÉRITO EM TODAS AS INSTÂNCIAS EM FACE DO AFASTAMENTO DE PRELIMINAR EM 2º GRAU.

Para que não ocorra a supressão de instância, é de se retornar o processo à origem nos casos de afastamento de preliminar que presumivelmente impedia a análise do mérito.

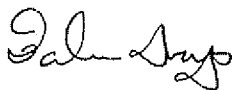
Preliminar de ilegitimidade ativa do direito de pedir afastada.

Retorno do processo à origem para apreciação do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de ilegitimidade ativa da recorrente no concernente ao direito de pedir e, em face da desistência dos pedidos de compensação requeridos, determinar o retorno dos autos à DRF de

origem para apreciação das razões de mérito relativas ao indébito do ILL, nos termos do voto da Relatora.



Valéria Pestana Marques – Presidente e Relatora

EDITADO EM:

27 SET 2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Jorge Cláudio Duarte Cardoso, Ana Paula Locoselli Erichsen, Lúcia Reiko Sakae, Sidney Ferro Barros, Carlos Nogueira Nicácio e Valéria Pestana Marques (Presidente).

Relatório

Conforme relatório constante do Acórdão proferido na 1ª instância administrativa de julgamento, fls. 402/403:

Trata o presente processo de pedido de restituição (fls.01), efetuado pela empresa em epígrafe, de valores por ela recolhidos, a título de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido – ILL, nos anos de 1991, 1992 e 1993 (documentos de folhas 10/15).

A solicitação foi motivada pela declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei 7713/1988, em julgamento do RE 172 058-1-SC e pela conseqüente suspensão de sua execução, por força da Resolução do Senado Federal nº 82, de 18/11/1996.

A EQPIR/DIORT/DERAT, às fls. 37/39, não tomou conhecimento da solicitação, sob o fundamento de que o direito de o contribuinte pleitear a restituição do indébito estaria decaído, a teor do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

Inconformada, a interessada, notificada do indeferimento em 14/05/2002 (fl. 40 - verso), manifestou sua inconformidade em 03/06/2002 (fls. 49/65 e documentos de fls. 71/172).

Esta turma de julgamento ratificou a decisão da DERAT e indeferiu a solicitação da empresa (Acórdão DRJ/SPOI nº 2.956/2003, às fls. 177/191).

Cientificada dessa decisão em 05/09/2003 (fl. 192 – verso), a contribuinte apresentou recurso ao 1º Conselho de Contribuintes (fls. 195/223). Em acórdão prolatado por essa instância julgadora (Acórdão 106-14 052, às fls. 308/315), decidiu-se pelo afastamento da decadência e pelo envio dos autos à repartição de origem para apreciação do mérito.



Em novo Despacho Decisório proferido (fls. 345/351), a EQPIR/DIORT/DERAT indeferiu a solicitação da contribuinte.

Com a ciência em 16/05/2007 (Aviso de Recebimento - AR à fl. 353, verso), em 30/05/2007, a interessada interpôs a manifestação de inconformidade de fls 362/385, para aduzir o que a seguir se sintetiza:

Segundo consta do despacho da ECRER/DIORT, em fl. 399, os débitos foram transferidos para o processo de representação nº 10.880.720664/2007-64, para prosseguimento da cobrança.

Em assim sendo, foi a solicitação da autuada indeferida, por unanimidade de votos, no 2º julgamento procedido em 1º grau, consoante as ementas a seguir transcritas, fl. 400:

PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DAS PARTES.

No âmbito administrativo-tributário, compete à autoridade responsável a análise dos requisitos de admissibilidade em demandas sobre direito creditório, independentemente da fase processual em que se encontre. O exame de questões relativas a legitimidade da parte não está sujeito à preclusão.

III. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. Não se acolhe o pedido de restituição, por não ter sido provado que a requerente é parte legítima para postular o direito creditório.

A ciência de tal julgado, como consta da já citada fl. 400, foi dada pessoalmente em 13/11/2008 à bastante procuradora da interessada, em face do instrumento de mandato de fl. 413.

À vista disso, foi protocolizado, em 11/12/2008, recurso voluntário dirigido ao então Primeiro Conselho de Contribuintes, fls. 414/432, no qual o pólo passivo questiona a exação procedida.

Na peça recursal, a contribuinte ataca, de plano, a tese defendida tanto pela DERAT/SP, quando da DRJ/SPO-I, respectivamente às fls. 345/351 e 400/407, de sua ilegitimidade de pleitear a restituição em tela, por considerar precluído o direito da Fazenda Pública de fazê-lo à guisa de nova preliminar.

Nesse sentido, argumenta que o acórdão nº 106-14.052, de 17 de junho de 2004 (fls. 308/315), prolatado pela então 6ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, ao afastar a decadência de seu direito de pedir determinou o retorno dos autos à origem tão-somente para apreciação das razões de mérito. Nada mais.



Embora entendendo que os fundamentos até então apresentados já garantiriam seu direito à restituição do ILL e, por via de consequência, à homologação das compensações requeridas, a recorrente aduz ainda que: a) como responsáveis pelo cálculo, contabilização e pagamento do tributo seriam das próprias empresas o direito de compensar o ILL indevidamente recolhido; b) a Lei n.º 7713/1988, ao instituir tal espécie de IRRF definiu como contribuinte o sócio cotista, o acionista ou titular de empresa individual e c) a IN SRF n.º 139/1989, ao normatizar os arts. 35 a 39 do aludido Diploma Legal, sempre tratou o contribuinte como sendo a pessoa jurídica.

Tenta robustecer sua linha de raciocínio asseverando ainda que era obrigação do contribuinte pessoa jurídica informar o valor devido a título de ILL tanto em sua DCTF, quando em sua declaração de rendas/PJ.

Acresce, ainda, que *“o programa utilizado pelas divisões de fiscalização da Receita Federal – SAFIRA, calculava, automaticamente, como lançamento reflexo, o valor do ILL quando a pessoa jurídica era autuada por infração à legislação do Imposto de Renda Pessoa Jurídica”*.

Passa, então, a transcrever ementas de julgados administrativos e judiciais acerca do tema.

Prosseguindo, a litigante ressalta que não obstante a pendência de decisão administrativa definitiva no que concerne ao presente processo, as compensações efetuadas com o crédito em discussão e vinculadas aos presentes autos foram inscritas na Dívida Ativa da União, segundo entende, de forma indevida.

Amparando-se em ementas de decisórios judiciais que transcreve, conclui que mesmo não existindo qualquer previsão atinente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos casos de Manifestações de Inconformidade apresentadas em data anterior à vigência da Lei n.º 10.833/2003 – o que informa não é o caso – os dispositivos que passaram a prever tal suspensão, quais sejam a alteração da Lei n.º 9.430/1996 pela aludida Lei n.º 10.833/2003, seriam perfeitamente aplicáveis à espécie em respeito ao princípio da retroatividade benigna.

Registre-se, ainda, que no presente julgamento a contribuinte exerceu o direito de promover a sustentação oral de seus argumentos de defesa, a qual foi procedida pelo Dr. Gustavo Vita Pedrosa, OAB/SP 240.038. Na ocasião foi solicitada, pelo patrono da interessada, a juntada aos autos de elementos que alegadamente comprovam o parcelamento dos débitos vinculados ao presente processo, restando então sob lide, segundo ele, tão-somente a discussão acerca do direito creditório da recorrente relativo ao ILL.

É o relatório.



Voto

Conselheira Valéria Pestana Marques, Relatora

De plano, cumpre ressaltar que a teor do art. 6º da Portaria do Ministro da Fazenda n.º 256, de 22 de junho de 2009, a qual aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), foram recepcionados e convalidados todos os atos e procedimentos das câmaras e turmas dos Conselhos de Contribuintes e das turmas da CSRF, bem como aqueles realizados com base em Portaria anterior do Ministro da Fazenda – aquela de n.º 41, de 17 de fevereiro de 2009.

Isto posto, é de se noticiar que o recurso de fls. 414/432 é tempestivo, mediante o cotejo do termo de ciência pessoal do julgado de 1ª instância constante à fl. 400 com o carimbo de recepção apostado à fl. 414. Estando a peça recursal dotada, ainda, dos demais requisitos formais de admissibilidade, dela conheço.

Vestibularmente considero essencial registrar ter restado totalmente superada a preliminar de decadência do direito de pedir da contribuinte, a teor do acórdão n.º 106-14.052, de 17 de junho de 2004, exarado pela 6ª Câmara do então 1º Conselho de Contribuinte, fls. 308/315, o qual determinou o retorno do presente processo à origem para análise das razões de mérito trazidas aos autos pela recorrente.

Em assim sendo, é de se enfrentar a irresignação da interessada quanto à outra preliminar - aquela de sua ilegitimidade ativa no concernente ao direito de pedir - suscitada quando da nova apreciação dos presentes autos pela DERAT/SP/DIORT/EQPIR às fls. 345/352, haja vista que tal tese foi também acolhida pela 3ª Turma DRJ/SPO-I no acórdão de fls. 400/407.

A recorrente argúi a prescrição do direito da Fazenda Pública de fazê-lo, uma vez que, segundo seu entendimento, o então Conselho de Contribuintes ao afastar a decadência de seu direito de pedir mediante o acórdão n.º 106-14.052, de 17 de junho de 2004, fls. 308/315, determinou o retorno dos autos à origem tão-somente para apreciação das razões de mérito contidas no presente processo.

Ou seja, não acata o levantamento de novos fundamentos para confirmar a negativa de seu pleito, além daqueles até então declinados.

Sobre o tema entendo que, *in casu*, o exame e o acolhimento de uma preliminar de mérito no precedente julgado de 2º grau, qual seja o anterior afastamento da decadência do direito de pedir da contribuinte, pressupõe a superação de outras preliminares intrínsecas ao direito de recorrer da parte.

E isso com fulcro no Código de Processo Civil – o CPC – como fonte subsidiária de minhas razões de decidir.

Dessa forma, considero que a ilegitimidade ativa da interessada já estaria com sua análise ultrapassada no momento em que foi suscitada, ou seja, quando do retorno dos



autos à origem após a prolação do primeiro decisório de 2ª instância, o qual determinava tão-somente o exame das razões de mérito contidas no presente processo.

Ainda que assim não fosse, é de se informar que consta dos autos cópia do cartão de identificação da contribuinte no CNPJ, fl. 05, o qual registra a empresa em comento como sociedade anônima de capital fechado aberta em 11/07/1966.

De outra banda, tem-se no Despacho Decisório DERAT/SP/DIORT/EQPIR à fl. 347 que:

9. Examinando os documentos juntados aos autos, verifica-se que a natureza jurídica da empresa é sociedade anônima de capital fechado desde os períodos quando foram pagas as quotas referentes ao imposto na fonte sobre o lucro líquido (fl. 324 a 326, 343 e 344) (.).

Isto posto, peço vênia para transcrever sobre o tema excerto do voto condutor proferido pelo e. Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, no acórdão n.º 102-46.965, de 08/07/2005:

8. No mérito, assiste razão à contribuinte quando, juntando documentos suficientes, comprova que à época da tributação estava constituída como sociedade anônima (fls. 20/26), decorrendo daí que não se pode cogitar de disponibilidade financeira ou jurídica dos acionistas em relação ao lucro da empresa, sem a deliberação de assembléia. Portanto, não será necessária a comprovação de assunção do ônus, possuindo a recorrente, conseqüentemente, legitimidade para pleitear a restituição.

9. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, o fez, em relação aos sócios de sociedades anônimas, nos termos da seguinte ementa, coincidente com a posição aqui adotada:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA NA FONTE - ACIONISTAS DE SOCIEDADE ANÔNIMA E SÓCIOS QUOTISTAS (SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA) - ARTIGO 35 DA LEI Nº 7.713, DE 22.12.1988).

1. No julgamento do R.E. nº 172.058, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 35 da Lei nº 7.713, de 22.12.1988, no ponto em que obrigou o acionista da sociedade anônima a recolher o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base. É que, nas sociedades anônimas, a distribuição dos lucros líquidos depende principalmente da manifestação da Assembléia Geral, não se configurando ela, pura e simplesmente, com o encerramento do período-base.

2. Decidiu, mais, o Plenário, na mesma assentada, que cumpre aos Juízes e Tribunais, das instâncias ordinárias, quando se tratar de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, a

verificação, em cada caso, sobre se o contrato social prevê a disponibilidade imediata, pelo sócio-quotista, do lucro líquido apurado na data do encerramento do período-base, pois só em tal hipótese será possível conciliar-se, quanto a essa espécie de sócio, o disposto no art. 146, III, "a", da Constituição Federal, no artigo 43 do Código Tributário Nacional e no art. 35 da lei nº 7.713, de 22.12.1988.

3. Observado esse precedente, o R.E., no caso, é conhecido, apenas em parte, e, nessa parte, provido, para que o Tribunal de origem, quanto às sociedades por quotas, levando em conta essas premissas firmadas em Plenário do STF e os elementos dos autos, julgue a apelação, nesse ponto, como de direito, ficando o acórdão mantido no mais, ou seja, quanto às sociedades anônimas "(RE 177.301/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 25.10.96)

Esse também foi o entendimento adotado pelo i. relator Antônio José Praga de Souza, no acórdão nº 102-47.748, de 26 de julho de 2006, cujo fragmento abaixo se transcreve:

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 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

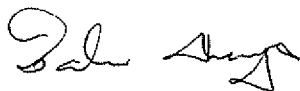
Porém, no caso presente, conforme asseverou em plenário o ilustre Conselheiro Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, os recolhimentos foram efetuados por uma sociedade anônima antes da realização da Assembléia Geral Ordinária - AGO, que decidiu sobre a destinação dos lucros, logo, o encargo foi mesmo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

Convenci-me da correção desses argumentos, (...).



Destarte, na mesma trilha de raciocínio, afasto a preliminar de ilegitimidade do direito de pedir da recorrente levantada em 1º grau.

Em face de todo o exposto, só posso votar no sentido de afastar a preliminar de ilegitimidade ativa da contribuinte suscitada em 1ª instância, determinando o retorno dos autos à origem para apreciação das razões de mérito, ressaltando a necessidade de, na ocasião, se observar as alegações trazidas documentalmente a este Colegiado pelo patrono da interessada de uma presumível desistência dos pedidos de compensação vinculados ao presente processo.



Valéria Pestana Marques