



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo n.º : 16327.000765/2002-77
Recurso n.º : 148.896
Matéria : IRPJ – EX: DE 2001
Recorrente : BANCO BMC S.A.
Recorrida : 8ª TURMA/DRJ-SÃO PAULO/SP. I
Sessão de : 18 de outubro de 2006
Acórdão n.º : 101-95798

O PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PERANTE O CONSELHO DE CONTRIBUINTES É DE 30 DIAS, CONTADOS A PARTIR DO DIA SEGUINTE À INTIMAÇÃO EFETUADA PELO CORREIO, ATRAVÉS DE AVISO DE RECEBIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 5º DO DECRETO 70.235/72. RECURSO INTERPOSTO COM MAIS DE 30 DIAS É INTEMPESTIVO, NÃO PODENDO SER CONHECIDO.

Conforme consta dos autos o correio esteve na sede do recorrente objetivando intimá-lo da decisão de fls. 140/143. Isso ocorreu nos dias 21, 22, quando finalmente a intimação concretizou-se no dia 25.10.2.005. Nos termos do processo administrativo fiscal, deveria o contribuinte ter protocolizado o seu recurso até o dia 24.10.2.005, ou seja, 30 dias após ter sido intimado através do correio, o que aconteceu no dia 25.10.2.005, iniciando-se o prazo a partir do dia 26.10.2.005, nos termos do artigo 5º do Decreto 70.235/72. Protocolizado no dia 25.11.2005 o recurso é intempestivo, não merecendo ser conhecido.

Recurso do contribuinte não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso
interposto por BANCO BMC S.A.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NÃO CONHECER do recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Processo n.º : 16327.000765/2002-77
Acórdão n.º : 101-95798



MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE



JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR
RELATOR

FORMALIZADO EM: 12 JUL 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros SEBASTIÃO RODRIGUES CABRAL, PAULO ROBERTO CORTEZ, SANDRA MARIA FARONI, VALMIR SANDRI, CAIO MARCOS CÂNDIDO e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo n.º : 16327.000765/2002-77
Acórdão n.º : 101-95798

Recurso n.º : 148.896
Recorrente : BANCO BMC S.A.

RELATÓRIO

Para melhor compreensão dos fatos faço o relatório nos seguintes termos:

1)-O Recorrente protocolizou pedido de restituição no dia 07.03.2.002, alegando ser credor da quantia de R\$ 138.538,29 correspondente a imposto de renda retido na fonte sobre juros pagos sobre capital próprio. Este crédito nasceu em decorrência do Banco de Investimentos BMC, incorporado pelo Recorrente, ter recebido da BMC Participações e Negócios- CNPJ 01.600.638/0001-26 a quantia de R\$ 923.588,60 de juros, quando ocorreu a retenção de 15%, gerando assim o valor de R\$ 138.538,29. O Recorrente alegou ser legítimo o seu crédito em decorrência do Banco de Investimentos BMC S/A ter encerrado o ano calendário de 1.999 com lucro real negativo de R\$ 5.205.032,45, tendo assim direito à devolução do imposto de renda retido como antecipação, tudo conforme consta dos documentos de fls. 02 a 63.

2)-O pedido de restituição acima citado foi utilizado pelo Recorrente para compensar os débitos de IOF, CPMF e COFINS de sua responsabilidade, com vencimentos em 13/03/2002. (Fls. 64).Atendendo solicitação do fisco o Recorrente apensou nos autos diversos documentos, conforme consta de fls. 64 a 109.

3)-Ao apreciar o tema em 1ª. instância, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras em S. Paulo, em fls. 111/119, indeferiu o pedido de restituição, nos termos do relatório assim lavrado: (Itens 2 a 22)

"RELATORIO

Conforme consta da documentação do presente processo, o interessado protocolizou nesta unidade fazendária (fls. 01), em 07/03/2002, pedido de restituição de R\$ 138.538,29, relativo a "saldo negativo de IRPJ a pagar" apurado no ano-calendário de 99, de empresa controlada, BANCO DE INVESTIMENTOS BMC S/A, CNPJ 58.685.322/0001-00, por ele incorporada em 28/12/2000. Pleiteia, posteriormente, à autoridade fiscal aplicar o

referido crédito na compensação com débitos próprios de IOF, COFINS, e CPMF, com vencimentos em 03/12/2002, consoante, Pedido de Compensação que apresentou no dia 28/03/2002 (fls. 64).

2. Instruindo o pedido anexa documentos requeridos pela IN 21/97 que disciplina os processos de restituição.

FUNDAMENTAÇÃO

3. O exame dos documentos anexados mostra que o valor objeto do pedido de restituição, e R\$ 138.538,29, refere-se a "saldo negativo de IRPJ a pagar" de empresa incorporada, BANCO DE INVESTIMENTOS BMC S/A, consoante indicado na Ficha 13B, Cálculo do Imposto de Renda sobre o Lucro Real, da DIPJ/2000 a esta pertinente (fls. 34). Conforme evidenciado na citada Ficha, esse saldo negativo é originário da exclusão de débito de Imposto de Renda Retido na Fonte (linha 09), naquele valor, combinada com não apuração de imposto de renda sobre o lucro real e, a inexistência de outras deduções.

4. Conforme demonstram a cópia do Comprovante Anual de Rendimentos Pagos ou Creditados e Retenção de Imposto de Renda na Fonte de Pessoa Jurídica, ano-base 99, acostada pelo interessado (fls. 16), e os extratos do sistema de controle da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte - DIRF, da SRF (fls. 102 a 107), o valor em questão foi retido pela empresa BMC PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A, CNPJ 01.600.638/0001-26, a título de Imposto de Renda Retido na Fonte sobre pagamento de juros sobre capital próprio, código 5706, tendo como beneficiário o BANCO DE INVESTIMENTOS BMC S/A .

5. Ainda consoante a documentação anexa, a BMC PARTICIPAÇÕES não efetuou o recolhimento do citado IRRF mas sim procedeu à compensação daquele valor com créditos-prêmio de IPI de titularidade da CENTRAL AÇUCAREIRA SANTO ANTÔNIO S/A, sob amparo de Medida Liminar, concedida em 19/05/2000, no Mandado de Segurança n° 2000.80.00.002954-8, impetrado por esta última empresa contra o Sr. Delegado da Receita Federal de Maceió, Alagoas (fls. 83 a 100).

6. Nessa liminar, o excelentíssimo magistrado da 33 Vara da Justiça Federal de Primeira Instância da Seção Judiciária de Alagoas declara, conforme excertos abaixo apresentados, que a decisão que prolatava tinha por fim conferir efetividade à sentença anterior favorável à CENTRAL AÇUCAREIRA, proferida, em 29/07/99, no Mandado de Segurança n° 99.0004639-0 (fls. 67 a 82), a qual conferira à impetrante o direito de utilizar créditos-prêmio de IPI na compensação com débitos de terceiros. Neste sentido, determinava à autoridade fiscal acolher as compensações dos débitos nomeados nos Processos Administrativos colacionados ao processo judicial, entre os quais o débito de IRRF objeto do presente processo, bem como expedir os pertinentes Documentos Comprobatórios de Compensação - DCC, previstos no artigo 15 da INSRF 21/97.

7. Em cumprimento à ordem judicial, a Delegacia da Receita Federal de Maceió acolheu a compensação determinada e expediu o DCC acima referido, em 14/08/2000 (fls.17), no qual estão vinculados créditos-prêmio de IPI, de titularidade daquela CENTRAL AÇUCAREIRA, no montante de R\$ 229.532,64', a vários débitos da BMC PARTICIPAÇÕES, entre os quais o débito de IRRF em questão.

8. O efeito dessa decisão judicial liminar, integralmente cumprida pela autoridade fiscal, foi atender o interesse da impetrante USINA AÇUCAREIRA em ver aqueles créditos prêmio de IPI aplicados, de imediato, na antecipação de Imposto de Renda de terceiro, da empresa BMC PARTICIPAÇÕES, sem, contudo, em função de seu caráter preliminar e provisório, implicar a extinção do débito em questão, tendo em vista a possibilidade de, ao final, a sentença definitiva ser denegatória dessa pretensão.

9. Considerando que as hipóteses jurídicas de extinção e suspensão de exigibilidade dos débitos tributários são mutuamente exclusivas, e não tendo sido extinto o citado débito de IRRF, de responsabilidade da empresa BMC PARTICIPAÇÕES, resta concluir que, após cumprida a determinação judicial, aquele débito subsistiu em sua integralidade, mas sem poder ser exigido pela autoridade fiscal, encontrando-se atualmente com a exigibilidade suspensa.

10. Ainda conforme evidenciamos extratos do sistema de controle de Cadastro Nacional de Pessoas, Jurídicas, da SRF (fls. 108 e 109), em 28/12/2000, o BANCO DE INVESTIMENTOS BMC, beneficiário dos rendimentos de juros sobre capital próprio, e contribuinte do IRRF em questão, incorporou a empresa BMC PARTICIPAÇÕES, retentora e responsável tributário pelo IRRF incidente sobre aqueles rendimentos. Por seu turno, o BANCO DE INVESTIMENTOS BMC foi incorporado, naquela mesma data, por seu controlador, o interessado BANCO BMC S/A, consoante também relatam as Atas das Assembléias Gerais Extraordinárias realizadas por ambas as empresas, bem como o concemente Protocolo das Condições de Incorporação (fls 05 a 14).

11. Como resultado dessa reestruturação societária, foram extintas as empresas BMC PARTICIPAÇÕES e BMC INVESTIMENTOS, remanescendo a incorporadora BANCO BMC, autora do presente pedido de restituição de IRRF.

12. Por força dos dispositivos legais que regulam as atividades das sociedades comerciais, o interessado BANCO BMC assumiu os direitos e obrigações pertinentes ao patrimônio das empresas extintas, entre os quais, a titularidade do débito de IRRF em questão, no valor de 138.538,29, originalmente da BMC PARTICIPAÇÕES e que fora transferido, por incorporação, para a empresa BANCO DE INVESTIMENTOS, também incorporada pelo interessado, conforme, inclusive, expresso no Protocolo de Incorporação (fls. 14), *in verbis*:

"O BI-BMC será extinto e sucedido pelo BMC em todos os seus direitos e obrigações, competindo ao BMC promover o arquivamento dos atos de incorporação..

(.)

Fica, desde já, acordado que o BMC será responsável, individual ou solidariamente, por quaisquer débitos e obrigações de qualquer natureza, presentes, contingentes, passados c/ou

futuros, mesmo que não tenham sido expressamente indicados neste instrumento, diretamente relacionados ao patrimônio líquido vertido.

(.)"

13. A citação acima reproduz em termos gerais, o que os artigos 129, 132 e 133 do CTN estabelecem, em termos específicos, como sendo responsabilidade dos sucessores, no que tange às obrigações tributárias, *in verbis* :

"CTN

Responsabilidade dos Sucessores

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

.....
Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas

(.)

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

(.)"

14. Assim, o interessado BANCO BMC, ao incorporar o BANCO DE INVESTIMENTOS BMC, assumiu a titularidade do débito de IRRF em questão, cuja exigibilidade está suspensa, até que o poder judiciário profira julgamento definitivo nos referidos mandados de segurança.

15. Caso, ao final, a decisão judicial definitiva seja denegatória do direito pleiteado pela CENTRAL AÇUCAREIRA - de ver validados os citados créditos-prêmio de IPI para fins de compensação com débitos de terceiros -, o débito de IRRF deste processo administrativo, e que faz parte do processo judicial, tomar-se-á exigível do interessado BANCO BMC para o período em que deixou de estar recolhido ao Estado, ou seja, da data de seu vencimento até o dia 31/12/99, quando foi apurado o mencionado "saldo negativo de IRPJ a pagar".

16. Assim, tendo em conta essa possibilidade de solução para o processo judicial, mostra-se despropositado e ilegal para a Administração Fiscal, restituir hoje ao interessado valor que não tenha comprovadamente ingressado no patrimônio público. Caso o fizesse, deveria ingressar em juízo, no futuro, para requerer a devolução do montante indevidamente restituído.

17. O que se conclui, portanto, é que, se a Administração Fiscal deferir o pedido de restituição do interessado, estará ela correndo o risco de efetuar restituição de indébito, de forma indevida, em contrariedade às normas legais vigentes.

18. O Código Tributário Nacional somente autoriza a Administração Fiscal restituir/compensar indébito tributário apenas nos casos em que os créditos alegados pelo contribuinte sejam líquidos e certos, a teor do disposto no seu artigo 170. Por esta razão ainda, é que também o artigo 170-A desse diploma legal veda expressamente a restituição/compensação de créditos disputados no judiciário, antes do trânsito em julgado

de decisão favorável ao contribuinte, *in verbis* :

CTN

"Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (grifos nossos)

(..).

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

19. Além disso, é oportuno adicionar que o artigo 168, c/c o artigo 165, ambos do CTN, ao regular a questão da decadência do direito à restituição, também impõe como requisito indispensável à restituição do indébito por parte da Administração Fiscal, a extinção do correspondente débito tributário, *in verbis*:

CTN

*"Art.168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:
I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo J 65, da data da extinção do crédito tributário;*

(..).(grifos nossos)

.....

Pagamento Indevido

Art. J65. 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 J62, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(. .)º

20. O que se observa, portanto, é que a antecipação de IRPJ, efetuada através da compensação do débito do IRRF em questão, mediante autorização judicial, com créditos prêmio de IPI, não teve e nem poderia ter o efeito de extinguir o crédito tributário. Isto, em decorrência do caráter provisório da medida liminar, como mencionado, a qual, inclusive não impediu o Fisco de constituir aquele crédito tributário para prevenir a decadência, conforme prevê a legislação fiscal. Nesse caso, cabe lançamento de ofício pela administração fiscal, no qual se declara a suspensão da exigibilidade do crédito tributário envolvido, até o trânsito em julgado da sentença judicial que sobre ele terá, então, efeitos jurídicos definitivos.

21. Com base no exposto, resta concluir que razões legais obrigam a Administração Fiscal a indeferir o pleito do interessado, tendo em vista que a restituição/compensação pretendida não estar assegurada pela existência de crédito líquido e certo do interessado contra a Fazenda Pública, e pela não extinção do débito correspondente, consoante o que estabelece o Código Tributário Nacional. A certeza do crédito alegado somente poderá ser estabelecido mediante provimento jurisdicional futuro, de natureza definitiva, transitado em julgado, e confirmatório da medida liminar obtida pela CENTRAL AÇUCAREIRA SANTO ANTÔNIO no MS 2000.80.00.002954-8. Pelo exame levado a efeito, restam evidenciado que o provimento jurisdicional futuro poderá ser também denegatório do pleito da impetrante, evidenciando que o ato administrativo, deferindo hoje a restituição/compensação requerida pelo interessado, seria praticado em contrariedade à lei.

CONCLUSÃO

22. Em função do exposto, opino pelo INDEFERIMENTO do pleito do interessado BANCO BMC S/A, com fundamento nos artigos 168, inciso I, e 170 do Código Tributário Nacional - CTN, tendo em vista que a restituição/compensação de indébito pretendida não está assegurada pela certeza do crédito alegado, qualidade essa que ainda está por ser estabelecida por sentença futura, a transitar em julgado, em Mandados de Segurança impetrados por terceiro, CENTRAL AÇUCAREIRA SANTO ANTÔNIO como também pela não extinção do débito correspondente, o qual subsiste com a exigibilidade suspensa".

4)-Com base no relatório acima a Delegacia Especial de Instituições Financeiras assim decidiu:

"INDEFIRO o pleito do interessado BANCO BMC S/A, com fundamento nos artigos 168, inciso I, e 170 do Código Tributário Nacional - CTN, tendo em vista que a restituição/compensação de indébito pretendida não está assegurada pela certeza do crédito alegado, qualidade essa que ainda está por ser estabelecida por sentença futura, a transitar em julgado, em Mandados de Segurança impetrados por terceiro, CENTRAL AÇUCAREIRA SANTO ANTÔNIO; como também pela não extinção do débito correspondente, o qual subsiste com a exigibilidade suspensa."

5)-Entretanto, a decisão acima relatada está equivocada, pois o digno julgador acabou englobando dois créditos completamente distintos um do outro, como se fosse apenas um. Senão vejamos. O débito do Imposto de Renda Retido na Fonte no valor de R\$ 138.538,29 retido pela empresa BMC PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS -CNPJ 01.600.638/0001-26 constitui-se em DÉBITO da empresa, que foi compensado com o crédito do IPI e sua extinção definitiva dependerá do trânsito em julgado dos processos judiciais números 99.00046390 e 2.000.80.00.002954-8 que tramitam perante a 3ª. Vara da Justiça Federal de Maceió, conforme documentos apensados nos autos. Caso as ações judiciais sejam julgadas improcedentes e conseqüentemente não concretizadas as compensações efetuadas através dos mencionados processos, o débito será reaberto e o pagamento ficará de responsabilidade do Recorrente em decorrência da sucessão tributária gerada pela incorporação.

6)-Ocorre que o pedido de restituição do Recorrente nada tem a ver com aquilo que está sendo discutido no Poder Judiciário, conforme exposto no item anterior. O pedido de restituição faz menção

a CRÉDITO líquido e certo, ou seja, trata-se da RETENÇÃO do Imposto de Renda no valor de R\$ 138.538,29, que se transformou em antecipação do tributo em decorrência da empresa BANCO DE INVESTIMENTOS BMC S/A-CNPJ 58.685.322/0001-00 ter recebido da BMC PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS a quantia de R\$923.588,60 de juros sobre o capital e ter efetuado a retenção de R\$ 138.538,29. O imposto de renda retido na fonte transformou-se em crédito líquido e certo a partir do momento que o Banco de Investimentos BMC S/A apresentou sua declaração de rendas com lucro real negativo de R\$ 5.205.032,45, conforme farta documentação apensada nos autos. Em decorrência da incorporação o Recorrente passou a ser o legítimo credor do mencionado tributo, ora objeto do pedido de restituição.

6)-O contribuinte recorreu à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em S. Paulo, que ratificou a decisão proferida pela Delegacia Especial de Instituições Financeiras.

7)-Insatisfeito o contribuinte interpôs Recurso Voluntário ao Conselho de Contribuintes.(Fls. 146/150).

8)- Este é o relatório.

VOTO

Conselheiro JOÃO CARLOS DE LIMA JÚNIOR, Relator

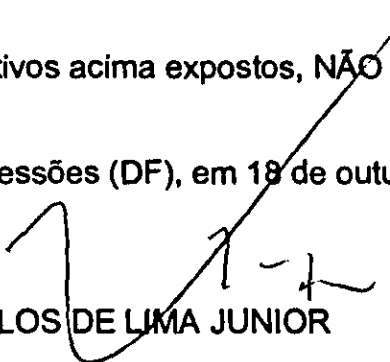
Conforme consta de fls. 145, por três vezes o correio esteve na sede do recorrente objetivando intimá-lo da decisão de fls. 140/143. Isso ocorreu nos dias 21, 22, quando finalmente a intimação concretizou-se no dia 25.10.2.005. Nos termos do processo administrativo deveria o contribuinte ter protocolizado o seu recurso até o dia 24.10.2.005, ou seja, 30 dias após ter sido intimado, iniciando-se o prazo a partir do dia 26, nos termos do artigo 5º do Decreto 70.235/72. Entretanto, o recurso só foi protocolizado no dia 25.11.2.005, sendo portanto intempestivo. Chama a atenção o fato do contribuinte ter alegado em seu recurso que foi intimado no dia 26.10.2.005, mas não apensou nos autos qualquer prova de sua afirmação e no caso em tela, o ônus da prova é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 333 do CPC.

O Conselho de Contribuintes tem assim se manifestado sobre o tema:

"Dá-se por regularmente notificado o sujeito passivo se a notificação foi entregue no domicílio tributário por ele eleito, contra recibo, iniciando-se assim a contagem do prazo legal para sua iniciativa. Eventual recepção de correspondência por pessoa não-qualificada não configura caso fortuito, mas apenas falha de segurança interna do estabelecimento, de sua inteira responsabilidade. 3º Conselho de Contribuintes. 3ª. Câmara. ACÓRDÃO 303.32.225 em 07.07.2005. Publicado no DOU em 12.01.2.006".

Pelos motivos acima expostos, NÃO CONHEÇO DO RECURSO.

Sala das Sessões (DF), em 18 de outubro de 2006


JOÃO CARLOS DE LIMA JUNIOR

