



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

Processo nº 10380.005423/00-16
Recurso nº 130.749 Voluntário
Acórdão nº 2201-00.563 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de março de 2010
Matéria IRF
Recorrente TELECOMUNICAÇÕES DO CEARÁ S.A. - TELECEARÁ
Recorrida DRJ-FORTALEZA-CE

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

ILL. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR SOCIEDADE ANÔNIMA E LIMITADAS. LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 166 DO CTN.

A empresa que recolheu indevidamente valores a título de ILL tem legitimidade para pleitear a restituição do indébito, não se aplicando ao caso a regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Francisco Assis de Oliveira Júnior - Presidente

Janaina Mesquita Lourenço de Souza - Relatora

EDITADO EM: 03/03/2010

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Pedro Paulo Pereira Barbosa, Rayana Alves de Oliveira França, Eduardo Tadeu Farah, Janaína Mesquita Lourenço de Souza, Moisés Giacomelli Nunes da Silva e Francisco Assis de Oliveira Júnior (Presidente).



Relatório

O processo versa sobre um pedido de restituição de crédito oriundo de pagamento indevido de imposto de renda retido na fonte sobre lucro líquido, referente aos exercícios de 1989 a 1992, cumulado com pedido de compensação de débitos de PIS, COFINS, estimativas mensais de IRPJ e de CSLL, em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 35 da Lei 7.713/88 em controle difuso de constitucionalidade, que teve efeito *erga omnes* e *ex tunc* a partir da Resolução nº 88/96 do Senado Federal.

A Delegacia da Receita Federal de Fortaleza negou o pedido por decadência, considerando que o prazo de 5 anos deve ser contado da extinção do crédito, ou seja, do pagamento, com base nos arts. 165 e 168 do CTN.

A contribuinte apresentou impugnação à DRJ da 3ª Região Fiscal em Fortaleza que foi novamente negado, com o mesmo fundamento.

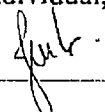
Posteriormente, a contribuinte ingressou com recurso voluntário ao Primeiro Conselho de Contribuintes em 14/05/2002, que DEFERIU o recurso. O voto vencedor entendeu que o prazo para pleitear a restituição começa a fluir no caso de tributos lançados por homologação, da homologação tácita do mesmo, que ocorre pelo decurso do prazo de 5 anos do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN), aplicando a tese dos “cinco mais cinco” do STJ. Assim, afastou os efeitos da decadência, devolvendo os autos para repartição de origem para exame do mérito.

Nessa mesma oportunidade, em 21/02/2003, o Procurador da Fazenda Nacional entrou com Recurso Especial à Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes por divergência de interpretação no julgamento. O recurso teve seu seguimento negado nos termos do despacho às fls. 176/177, sob a alegação de que para comprovar a divergência, neste caso, a Fazenda teria que apresentar como paradigma acórdão no qual uma das Câmaras dos Conselhos de Contribuintes, apreciando a alegação de que a decadência deve ser contada a partir do ato que reconheceu a inconstitucionalidade da exigência, desse tratamento diverso do que foi dado pela Sexta Câmara à mesma matéria.

Contudo, após a negativa do Recurso Especial, foi editada a Lei Complementar 118/05 que levou a 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes a proferir em outro processo por unanimidade de votos, acórdão no qual caiu por terra a tese dos “cinco mais cinco” do STJ, em função da interpretação pelo art. 3º dessa mesma lei complementar ao art. 150 do CTN.

Assim sendo a Derat/RJ propôs o retorno do processo ao Primeiro Conselho de Contribuintes para se pronunciar sobre o referido acórdão paradigma, mas este entendeu que o acórdão continha decisão válida somente no âmbito do processo em questão, e portanto, não se aplicava ao caso, mantendo a decisão de retorno do processo para apreciação do mérito.

Portanto, procedendo à análise do mérito, a Delegacia da Receita Federal do RJ entendeu que a empresa não tem legitimidade para propor a restituição, sendo que o art. 35 preceitua que o sujeito passivo é o sócio quotista, acionista ou titular de empresa individual, e,

 3

portanto, nesse caso, a empresa figurava como responsável pela sua retenção e recolhimento, sendo que de acordo com o art. 166 do CTN precisaria da autorização do contribuinte de fato. Da mesma forma, indeferiu o pedido de compensação com base na IN SRF 41/1996 que em seu art. 1º que preceitua o seguinte: “é vedada a compensação de débitos do sujeito passivo, relativos a impostos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, com crédito de terceiros”.

Diante da decisão exarada o contribuinte ingressou com novo recurso à DRJ/RJ com o fundamento de que o IRF/ILL trata-se de imposto direto e, portanto, não cabe essa interpretação.

A DRJ/RJ exarou sua decisão às fls. 288/301, indeferindo a solicitação da contribuinte e confirmando o parecer conclusivo da Derat/RJ, conforme a seguinte Ementa:

Assunto: Imposto sobre a Renda Retido na Fonte - IRRF

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

Ementa: Restituição. Decadência

O prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional - CTN).

A contribuinte tomou ciência do referido Acórdão, conforme Termo de fls. 310, e inconformada com o mesmo ingressou com Recurso Voluntário de fls. 314/322, que foi encaminhado para apreciação deste Colegiado.

A recorrente aduz em suas razões de Recurso Voluntário o que segue:

- a) Sobre a natureza do crédito pleiteado, fundamentou a possibilidade de restituição com base no art. 170 do CTN e no Decreto 2.138/97 em seu art. 1º;
- b) No que tange à titularidade da requerente para efetuar a compensação dos créditos, primeiramente aduziu que não se aplica o art. 166 do CTN ao caso em comento, tendo em vista não se tratar de tributo indireto o IRF/ILL, não havendo distinção entre as figuras do contribuinte de fato e de direito. Pois há somente um sujeito passivo que assume o encargo econômico da tributação e é o responsável pelo recolhimento do tributo;
- c) No que se refere ao regime de retenção na fonte do IRF/ILL, concluiu, com fundamento no Parecer nº 1 de 24 de Setembro de 2002 da Secretaria da Receita Federal sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte que existem dois regimes de retenção, a retenção por antecipação do imposto devido e a retenção exclusiva na fonte, com base no art. 128 do CTN, sendo esta última cabível ao referido imposto;
- d) Em continuidade, concluiu que no regime de retenção exclusiva na fonte, o contribuinte tem a responsabilidade excluída, sendo esta integralmente

assumida pela fonte pagadora, que é a terceira pessoa vinculada ao fato gerador do imposto, a quem a lei, em determinados casos, atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do tributo;

- e) Que por disposição do art. 35, § 4º, alínea “a”, da Lei 7.713/1986, o IRF/ILL tinha a sua retenção exclusiva na fonte quando se tratassem os beneficiários de pessoas físicas;
- f) Diante do exposto, concluiu que, sendo comprovada a titularidade da requerente para efetuar a compensação dos créditos de IRF/ILL retidos no período de 1989 a 1992, conforme as Darfs juntadas às fls 29 a 66, pleiteia pela homologação das compensações, não havendo que se falar em crédito de terceiros.
- g) Diante do exposto, requer a procedência do presente recurso voluntário, para que seja deferida a restituição dos valores pagos a maior, reconhecendo seu direito creditório, devidamente atualizado e a insubsistência da decisão guerreada, bem como da extinção do crédito tributário consubstanciado na declaração de compensação não homologada.

É o relatório.



Voto

Conselheira Janaina Mesquita Lourenço de Souza, Relatora

Trata-se de Recurso Voluntário da TELEMAR NORTE LESTE S/A. contra decisão da Delegacia Regional de Julgamento do Rio de Janeiro que indeferiu o pedido de restituição/compensação do Imposto de Renda Retido na Fonte Sobre Lucro Líquido.

A priori, conheço do presente Recurso Voluntário por ser tempestivo, atendendo ao requisito legal de admissibilidade constante no Decreto nº 70.235/72.

A autoridade julgadora de primeira instância administrativa embasou sua decisão nos artigos 166 e 121 do CTN, firmando o entendimento da Derat/RJ e afirmando às fls. 300 que o direito à restituição é dos acionistas, que receberam seus dividendos descontados do imposto na fonte, sendo os verdadeiros contribuintes da relação jurídico-tributária e tendo suportado todo o encargo financeiro.

Todavia, a jurisprudência administrativa predominante entende pela inaplicabilidade do artigo 166 do Código Tributário Nacional no tocante à incidência do ILL. Isso porque o ILL não é tributo indireto como o IPI e o ICMS, e, como tributo direto que é, não comporta transferência do respectivo encargo financeiro a terceiros.

Portanto, restituição do indevidamente recolhido a título de ILL não se sujeita ao comando do disposto no Art. 166 do CTN. Neste sentido cabe destacar as seguintes decisões administrativas:

Acórdão nº 106-16.813, sessão de 07/03/2008, relator o Conselheiro Luiz Antonio de Paula

NULIDADE DE DECISÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não constitui cerceamento do direito de defesa a decisão proferida por autoridade competente com observância dos requisitos estabelecidos no art. 31 do Decreto no 70.235/72.

ILL - RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR SOCIEDADE ANÔNIMA. - LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO - INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 166 DO CTN - A empresa que recolheu indevidamente valores a título de ILL tem legitimidade para pleitear a restituição do indébito, não se aplicando ao caso a regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE LUCRO LÍQUIDO. ILL - Deve ser reconhecido o direito da contribuinte à restituição e/ou compensação de valor que se caracterize como indébito, quando a exigência da respectiva exação for considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Acórdão 102-48.107, sessão de 08/12/2006, relator o Conselheiro Antônio José Praga de Souza

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, nada impede que o pedido de restituição seja interposto pelo sujeito passivo, responsável pela retenção e recolhimento, que também compôs a relação jurídico-tributária.

PRAZO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ILL - 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).

REPETIÇÃO DE INDÉBITO - ILL - SOCIEDADE LIMITADA. DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA DE LUCROS - A existência de cláusula no contrato social de distribuição do lucro caracteriza, por si só, a disponibilidade jurídica dos lucros para os sócios quotistas, para efeito do fato gerador do Imposto de Renda, nos termos do artigo 43 do Código Tributário Nacional, uma vez que somente a deliberação expressa dos sócios o lucro poderia ter outra destinação.

Acórdão nº 106-16.587, sessão de 07/11/2006, relator o Conselheiro Gonçalo Bonet Allage

ILL – RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS POR SOCIEDADE ANÔNIMA – LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 166 DO CTN. A empresa que recolheu indevidamente valores a título de ILL tem legitimidade para pleitear a restituição do indébito, não se aplicando ao caso a regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

COMPENSAÇÃO – MATÉRIA NÃO LITIGIOSA – Como as compensações vinculadas ao direito creditório pleiteado neste feito já estão expressamente homologadas e, portanto, os débitos encontram-se extintos, nos termos do artigo 156, inciso II, do Código Tributário Nacional, a insurgência da contribuinte com relação a tal matéria não pode ser apreciada, em razão da ausência de matéria litigiosa.

A inaplicabilidade do artigo 166 do CTN aos pedidos de restituição do ILL é matéria que tem, igualmente, posicionamento pacificado perante o Egrégio Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme ilustra a seguinte decisão monocrática:

Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 596.339/SP, Relatora a Ministra Eliana Calmon, DJU de 06/06/2005

PROCESSUAL CIVIL – IMPOSTO DE RENDA – LUCRO LÍQUIDO (ART. 35 DA LEI 7.713/88) – LEGITIMIDADE ATIVA DA PESSOA JURÍDICA.

Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:



TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ILL. ADIÇÃO DAS PROVISÕES PARA GASTOS COM MANUTENÇÃO DE ENTRESSAFRA E PRA PERDAS PROVÁVEIS NA REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. ART. 35, § 1º, a, DA LEI Nº 7.713/88.

UFIR. LEI 8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA DO ILL.

1 – A pessoa jurídica tem legitimidade para questionar o ILL previsto no art. 35, da Lei nº 7.713/88, ainda que se trate de retenção na fonte, pois nesta circunstância atua como responsável tributário.

2 – Do mesmo, se a questão controvertida é a aplicação da correção monetária nos termos da Lei nº 8.383/91, pois indubitavelmente arcará com os acréscimos advindos de tal encargo.

3 – Recurso provido.

(fl. 152)

Alega a recorrente violação do art. 6º do CPC, pugnando pela decretação da carência da ação, ante a ausência de interesse processual da ora recorrida, uma vez que não tem ela legitimidade ativa para substituir o efetivo contribuinte do imposto, qual seja, o sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual.

Com as contra-razões, subiram os autos por força de agravo de instrumento.

DECIDO:

Dando por implicitamente prequestionada a tese trazida à apreciação, passo ao exame do recurso.

Observo que o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte Vejamos:

RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SOCIEDADE ANÔNIMA - LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR A RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO - AUSÊNCIA DE DISPONIBILIDADE ECONÔMICA DA RENDA AOS AÇIONISTAS - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA.

É legítima a sociedade anônima para pleitear a repetição/compensação do recolhimento indevido do imposto de renda na fonte (artigo 35 da Lei n. 7.713/88), uma vez que os acionistas não tiveram disponibilidade econômica dos valores, a depender de manifestação da assembléia geral. Não se pode invocar o artigo 166 do CTN em amparo à pretensão fazendária. Nesse sentido, dentre outros, o REsp 29.579/SC, relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 18.09.00.

ful -

Recurso especial não conhecido.

(RESP 266.491/RS, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19.11.2002, DJ 19.05.2003 p. 159) TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - LUCRO LÍQUIDO - SOCIEDADE ANÔNIMA - IMPOSTO RECOLHIDO ANTES DE O LUCRO SER POSTO À DISPOSIÇÃO DO SÓCIO - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA - NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 166 DO CTN.

Se a sociedade anônima, antes de autorizada a distribuição de lucros aos acionistas, recolheu, em atenção ao Art. 35 da Lei 7.713/88, imposto de renda na fonte, ela está legitimada a repetir o indébito, sem necessidade da autorização prevista no Art. 166 do CTN.

(RESP 229.579/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.08.2000, DJ 18.09.2000 p. 102)

MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. LUCRO NÃO DISTRIBUIDO. LEI 7.713/1988. LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA EMPRESA RECORRENTE.

I - O art. 35 da Lei 7.713/1988 atribui a empresa a retenção do tributo em análise, fato que a transforma em responsável pelo pagamento do imposto, conforme dicção do par. único do art. 45, combinado com o art. 121, II, ambos do CTN. Dessa forma, a recorrente possui legitimidade para impetrar mandado de segurança.

II - Recurso especial conhecido e provido

(RESP 68.216/MG, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 03.03.1998, DJ 23.03.1998 p. 61)

TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE RENDA - LEI 7.713/88, ART. 35 - LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA - PRECEDENTES.

- A pessoa jurídica, sujeito passivo da obrigação tributária, tem legitimidade ativa para impugnar a cobrança do imposto a que se refere o art. 35 da LEI 7.713/88.

- Recurso provido.

(RESP 67.409/MG, Rel. MIN. PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02.06.1997, DJ 18.08.1997 p. 37811)

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ARTIGO 35 DA LEI NUM 7.713/88. LEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA.

ful.

Exigindo-se da pessoa jurídica, sujeito passivo da obrigação tributária, o pagamento do tributo, tem ela legitimidade ativa para se insurgir contra a cobrança.

(RESP 101.219/PB, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.10.1996, DJ 18.11.1996 p. 44885)

PROCESSO CIVIL - IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - LUCROS ATRIBUÍDOS AOS SÓCIOS - LEGITIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA.

- A pessoa jurídica obrigada a recolher imposto de renda retido na fonte, incidente sobre lucros atribuídos a seus sócios, tem legitimidade para impetrar mandado de segurança impugnando a exação

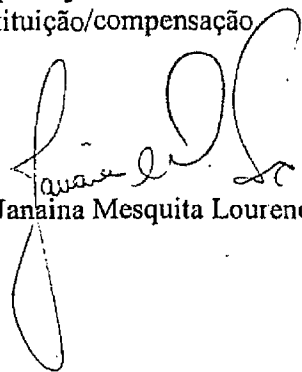
Inteligência da Lei 7.713/88 (art. 35) e do CTN (art. 121).

(RESP 79.372/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.1996, DJ 20.05.1996 p. 16676)

*Com essas considerações, nos termos do art. 557, caput, do CPC, **NEGO SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.***

Dessa forma, a recorrente detém legitimidade para pleitear o indébito do Imposto de Renda Retido na Fonte Sobre Lucro Líquido.

Pelo exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, para que seja restituído à autoridade preparadora para exame das demais questões relacionadas à restituição/compensação



Janaina Mesquita Lourenço de Souza



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

Processo nº: 10380.005423/00-16

Recurso nº : 130.749

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o (a) Senhor (a) Procurador (a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à **Segunda Câmara da Segunda Seção**, a tomar ciência do Acórdão nº 2201-00.563.

Brasília/DF, 03/12/2010.

EVELINE COELHO DE MELO HOMAR
Chefe da Secretaria
Segunda Câmara da Segunda Seção

Ciente, com a observação abaixo:

- (.....) Apenas com ciência
- (.....) Com Recurso Especial
- (.....) Com Embargos de Declaração

Data da ciência: ____/____/____

Procurador(a) da Fazenda Nacional