



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11618.000881/00-46
Recurso Voluntário
Resolução nº 1302-000.982 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de julho de 2021
Assunto OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente TELECOMUNICACOES DA PARAIBA S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do relatório e voto da relatora.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Fabiana Okchstein Kelbert - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros, Gustavo Guimarães da Fonseca, Ricardo Marozzi Gregório, Flávio Machado Vilhena Dias, Andréia Lúcia Machado Mourão, Cleucio Santos Nunes, Marcelo Cuba Netto, Fabiana Okchstein Kelbert, e Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente).

Relatório

O presente processo diz respeito a pedido de restituição de crédito de Imposto sobre Lucro Líquido (ILULI) na fonte, relativo aos anos de 1990 a 1992, com base em decisão do STF que julgou inconstitucional o art. 35 da Lei n. 7.713/88 (sobre a taxação de dividendos recebidos por acionistas), para as sociedades anônimas, com efeitos erga omnes e ex tunc a partir de 22/11/1996. A seguir, em 15/10/2003, transmitiu o PER/DCOMP 29704.08875.151003.1.3.04-0061, declarando quitação de débito de COFINS do período de apuração setembro/2003 (e-fls. 191-194).

O despacho decisório nº 211/2000 (e-fls. 61-63), indeferiu o pedido, pois a contribuinte não teria comprovado o alegado parcelamento que fizera (e-fl. 07), e não apresentou DARFs recolhidos em 1992. Afirmou, ainda, que por já ter transcorrido o prazo decadencial de 5 anos para o pedido de restituição, os documentos seriam prescindíveis.

A contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade (e-fls. 68-76), que teve como resultado o indeferimento do pedido de restituição em razão da decadência, conforme o acórdão nº 00.490, de 21/12/2001 (e-fls. 79-84).

Fl. 2 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Foi interposto recurso voluntário (e-fls. 96-110), buscando afastar a decadência e obter a restituição do crédito. O acórdão nº 106-12.970, de e-fls. 121-135 julgado em 18/11/2002 afastou a decadência, e foi objeto de recurso especial da Fazenda (e-fls. 137-148), e teve negado seguimento (e-fl.165).

Com a edição da LC 118/2005, indagou-se o Primeiro Conselho de Contribuintes acerca de sua aplicabilidade ao fatos pretéritos, o que foi respondido de maneira negativa, diante da ausência de previsão legal ou regimental que determine o reexame da matéria julgada em caso de surgimento de legislação nova, tampouco em face de consulta.

À e-fl. 214 consta “Papeleta de comprovação de pagamento”, onde se confirmou o recolhimento dos valores de Cr\$ 23.035.401,00 e Cr\$ 1.530.5986,00, conforme quadro ora reproduzido:

RJ ZMUDANCA UNID - RIO DE JANEIRO DEMAC

Fl. 214 19
18.12.03

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL SISTEMA DE ARRECADAÇÃO							
PAPELETA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO							
Sr. Chefe: Solicito comprovar o(s) recolhimento(s) abaixo relacionado(s)							
22/12/2003 (Data)		SACAT/DRE/PB (ORGÃO REQUISITANTE)		(RUBRICA)			
PROCESSO N: 11618.000881/00-48 CGC/CPF: 08.827.313/0001-20							
NOME: TELECOMUNICACOES DA PARAIBA S/A TELEMAR							
DADOS A CONFIRMAR							
CÓDIGO DA RECEITA	DATA DA ARRECAÇÃO	AGENTE ARRECADADOR BCO.	AGÊNCIA	BDA/SEQ.	DATA DO VENCIMENTO	VALOR RECOLHIDO	CONFIRMADO SIM NÃO
0764	30/04/98	004	0028	00131	30/04/90	23.035.401,00	X
0764	01/03/91	334	0670	00101	30/04/90	1.530.586,00	X

Às e-fls.242-245 consta o parecer conclusivo nº 139/2006 por meio do qual a DIORT/DERAT/RJO não reconheceu o direito creditório e não homologou a compensação:

Conforme se verifica no texto do artigo 35 da Lei nº 7.713/1988, o sujeito passivo do ELULI é "o sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual", cabendo indagar se a interessada teria legitimidade para pleitear a restituição, tratando-se de imposto de renda retido na fonte:

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.

Para responder a essa indagação é preciso ter em conta que, pela sistemática do ILULI, o "sócio quotista, o acionista ou o titular da empresa individual revestia a condição de contribuinte do imposto, e a fonte pagadora - ao apurar o lucro passível de distribuição - figurava como responsável pela sua retenção e recolhimento. Em face disso, não se pode olvidar o disposto no art. 166 do CTN, in verbis:

(...)

Assim, como o encargo financeiro do imposto recaiu sobre os acionistas, são eles os titulares de eventual direito creditório e não a empresa que efetuou a retenção na fonte. Portanto, sendo os acionistas os contribuintes de fato, sobre os quais recaiu o ônus financeiro do imposto, faltou à interessada, na qualidade de responsável tributário, provar que assumiu o encargo financeiro ou que estava autorizado por quem teve o referido ônus (artigo 166 do CTN).

Fl. 3 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Ressalte-se que, o especificado no artigo 8º da Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 2/2002, estabelece que o pedido de parcelamento importa em confissão irretratável do débito e configura confissão extrajudicial, nos termos dos artigos 348, 353 e 354 do Código de Processo Civil, isto é, o contribuinte abdica do direito de discutir a exigência fiscal, ou seja, desiste tacitamente do questionamento quanto ao valor constante do pedido.

Com efeito, considera-se preclusa a matéria objeto do pedido de parcelamento, o que implica em dizer que a mesma não poderá ser mais argüida doravante.

Em face do exposto, e de acordo com a legislação tributária já assinalada anteriormente, proponho NÃO RECONHECER O DIREITO CREDITÓRIO, no valor de R\$ 3.439.989,22 (três milhões quatrocentos e trinta e nove mil novecentos e oitenta e nove reais e vinte e dois centavos), e NÃO HOMOLOGAR a compensação efetuada através da Dcomp de fls. 191/194.

O despacho decisório de e-fl. 249 confirmou o parecer conclusivo ora citado, o que ensejou a interposição de Manifestação de Inconformidade (e-fls. 252-261), julgada em 26/01/2007 pela DRJ/RJOI, pelo acórdão 12-13.146 (e-fls. 304-306), o qual manteve na íntegra da decisão da unidade de origem, por suas próprias razões.

Houve novo recurso voluntário (e-fls. 310-323), julgado em 07/03/2008 pela 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes (e-fls. 365-373) que deu provimento ao recurso voluntário, a teor do que se lê:

Da análise dos presentes autos, não há dúvidas de que a Recorrente sempre foi constituída sob a forma de sociedade por ações, tendo, com essas características, recolhido o ILL (DARFs fl. 02-03).

O artigo 35, da Lei nº 7.713, de 1988, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, previa que:

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.

Em se tratando de uma "S.A.", não se pode admitir a materialização da hipótese de incidência do ILL, qual seja a disponibilidade financeira ou jurídica dos lucros aos acionistas, sem a prévia deliberação da Assembléia, da qual não se tem notícia nos autos.

Logo, embora-a-incidência tenha sido exclusiva na fonte,-o-tributo, a toda evidência, constituiu-se em ônus da pessoa jurídica, geradora do lucro e responsável pela apuração e recolhimento deste imposto a partir do momento em que o resultado foi apurado independentemente da efetiva distribuição aos seus acionistas.

Essa conclusão resta clara na ementa do julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferido no âmbito do RE nº 172.058/SC, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello:

(...)

Assim, reconhecida a legitimidade da Recorrente para pleitear a restituição do ILL, cabe à autoridade administrativa executora deste acórdão apurar o crédito tributário, objeto dos recolhimentos dos DARFs de fls. 02/03;

Desta forma, como estão comprovados nos autos os recolhimentos indevidos, deverá a autoridade executora do julgado, após as cautelas de praxe, proceder à restituição/compensação na forma da Lei.

Do exposto, voto em D A R provimento ao recurso. [Grifos nossos]

Fl. 4 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Retornados os autos à unidade de origem, intimou-se por diversas vezes a contribuinte para informar sobre 1) destinação dos lucros apurados em 1989 a 1991; 2) discriminação da parcela dos lucros apurados incorporada ao PL; e, 3) informação sobre os valores correspondentes aos lucros distribuídos a beneficiários, pessoa física e jurídica, discriminando-se a parcela atribuída dos residentes no país e a residentes ou domiciliados no exterior (e- fl. 379).

Após pedidos de prorrogação da contribuinte, alfim nenhuma das 7 intimações foi atendida.

Assim, a DIOR (e-fls.402-404) entendeu por reenviar os autos ao CARF, diante da alegada impossibilidade de apuração do crédito pela falta de atendimento das intimações.

No âmbito do CARF (e-fl. 405), destacou-se que “após a proclamação do resultado do Acórdão 10.1613 cessou a competência deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais no tocante à execução do acórdão. Ressalte-se que tal execução é procedimento afeto à competência da autoridade preparadora, razão pela qual o processo deve retornar à origem a fim de que este órgão delibere da maneira que achar conveniente e razoável.”

Houve nova intimação da contribuinte para apresentar os mesmos documentos antes solicitados (e-fls. 454-456).

Foi apresentada resposta às e-fls. 459-460, onde a contribuinte contextualizou o sentido da inconstitucionalidade declarada pelo STF e afirmou ao final que

Com efeito, como o artigo 35, caput, da Lei 7.713/1988 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (inteiro teor do Acórdão em anexo), coma redução do texto referente ao acionista e teve seus efeitos estendidos pela Resolução nº 82, de 1996, do Senado Federal, os questionamentos presentes na Intimação não se aplicam à análise de pedidos de restituição de ILL, efetuados por sociedades anônimas, como a TELPA.

Assim, se a expressão acionista foi extirpada e a regra não se aplica às sociedades anônimas, deve ser regularmente processado o pedido em questão, com a restituição integral dos valores indevidamente recolhidos pela empresa a título de ILL, no período de 1990, 1991 e 1992.

Assim, foi proferido o Despacho Decisório 080/2017 (e-fls. 549-553), onde foi consignado, em suma, o quanto segue:

Como visto acima, a Delegacia esforçou-se para executar sua tarefa, sem a colaboração da interessada, que primeiro alegou que não encontrava a documentação solicitada, depois se declarou dispensada de apresentá-la, por acreditar não estar seu lucro líquido do período sujeito a tributação, por ser uma sociedade anônima.

O direito a ser restituído não pode ser dimensionado por ação/omissão do credor em potencial. A interessada usou parte do crédito para compensar um débito. Sem dimensionar o valor a ser restituído, torna-se impossível apurar um crédito líquido e certo para restituir e compensar o débito de Cofins de setembro de 2003.

A Delegacia agiu diligentemente no sentido de cumprir sua missão. Concedeu um prazo muito além do razoável para dimensionar o crédito e manter suspensa a exigibilidade do débito, cuja compensação não foi homologada.

A decisão judicial alegada, apenas não reconhece a apuração do lucro líquido como hipótese de incidência. Não atendendo às intimações, conscientemente impediu o dimensionamento do valor que deveria ter recolhido e da possível restituição pleiteada. A contribuinte impediu a Delegacia de cumprir seu dever. Por isso e no uso da competência que me confere o artigo 302, inciso VI, do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 230, de 14 de maio de 2012, em consonância com o que

Fl. 5 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

dispõem os artigos 117 e 119 da Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017, delegada pela Portaria Demac/RJO n.º 63, de 20 de julho de 2012, **DECIDO NÃO RECONHECER A EXISTÊNCIA DE CRÉDITO A SER RESTITUÍDO** nos valores recolhidos como imposto de renda sobre o lucro líquido apurado nos anos de 1990, 1991 e 1992, por impossibilidade de apuração. **A inexistência de crédito mantém a não homologação da DCOMP 29704.08875.151003.1.3.04-0061, realizada pela DRF que jurisdicionava a interessada no momento do seu exame (fl.245).**

Desta decisão cabe manifestação de inconformidade perante a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data de sua ciência, conforme disposto no art. 74, § 9º, da Lei nº 9.430/96 (com redação dada pela Lei nº 10.833/03) e 135 da Instrução Normativa RFB nº 1.717, de 17 de julho de 2017

A contribuinte apresentou nova Manifestação de Inconformidade (e-fls. 600-616), alegando, em síntese, que houve homologação tácita do PER/DCOMP transmitido em 2003; e, ainda que se entenda que esse prazo teria sido interrompido pela última decisão do CARF que determinou a apuração do crédito (2008), fato é que também transcorreram cinco anos daquele ato. Que a decisão do Conselho de Contribuintes reconheceu seu direito incondicional à restituição do ILL, de modo que caberia à autoridade fiscal apenas quantificar o indébito, e não insistir na ilegitimidade da exação, de modo que o Despacho Decisório seria nulo. Que o STF já reconheceu a inconstitucionalidade da exigência do ILL para as sociedades anônimas independentemente de o lucro ter sido distribuído ao acionista.

O Acórdão nº 12-102.785 da 4ª Turma da DRJ/RJO de 17/10/2018 (e-fl. 626-636), fixou inicialmente que “são definitivos os entendimentos firmados no Conselho de Contribuintes (atual CARF), quanto a **não ocorrência** da **decadência** em relação ao prazo de utilização do alegado crédito, bem como quanto à **legitimidade ativa** da Interessada em pleitear presente restituição/compensação dos créditos de ILULI”.

A seguir, rejeitou a preliminar de homologação tácita ao argumento de que não teria havido anulação da decisão que não homologou a compensação, ao contrário do alegado pela contribuinte. No ponto, assentou o quanto se observa:

Tal pode ser verificado pela própria decisão proferida pela 3ª Turma da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, que rejeitou a preliminar de nulidade do Despacho Decisório e do próprio Acórdão de primeira Instância, tendo apenas dado provimento (no mérito) para reconhecer a legitimidade da Interessada para pleitear restituição / compensação do valor que se caracterizaria como indébito, determinando-se à autoridade administrativa a quo apurar o crédito tributário (fl. 365, 371 e 372) respectivamente, abaixo Nesse sentido, voto por Dar Provimento à Manifestação de Inconformidade apenas para rejeitar as preliminares de homologação tácita, e afastar o óbice para que se cumpra a decisão proferida pelo CARF, através do acórdão 106-16.813, de 07/03/2008, devendo os autos retornarem à autoridade a quo, para cumprimento.

(...)

Reconheceu aquele Conselho que o DD apenas levantou fato novo, ou seja, questão prejudicial versando sobre a legitimidade da Interessada, o que levou à não homologação da compensação; sendo que, posteriormente, a mencionada prejudicial foi afastada tendo sido determinada a apuração do crédito. Dessa forma, não cabe argumentar que ocorreu suspensão ou interrupção do prazo para homologação tácita (e reinício do prazo quinquenal) uma vez que a questão ainda está sob lide, e ao amparo do rito do Decreto n. 70.235/72.

O acórdão estabeleceu, ainda, não pender qualquer dúvida no que diz respeito ao pagamento do tributo debatido, tendo assentado que:

Fl. 6 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

(...) a decisão do Conselho de Contribuintes, conforme fl. 371, determinou à autoridade administrativa que procedesse à apuração do crédito tributário, objeto dos recolhimentos dos DARFs de fls. 02/03, entendendo aquele relator como comprovados nos autos os recolhimentos indevidos, determinando, assim, à autoridade administrativa executora daquele acórdão, após as cautelas de praxe, que se procedesse a restituição / compensação na forma da lei

(...)

Portanto, a meu ver, encontra-se ultrapassada nos autos a questão sobre análise se o pagamento é ou não devido, visto que esse entendimento já foi externado através do acórdão 106-16.813, de 07/03/2008, da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes (atual CARF).

Dessa forma, entendeu por afastar o óbice apontado no último despacho decisório e determinou a devolução dos autos à autoridade *a quo*, nos termos ora reproduzidos:

Destarte, deve-se afastar o óbice verificado no último despacho decisório, no qual se pretendeu analisar o mérito que já se encontra analisado. Assim, não sendo o caso de proferir decisão sobre a matéria de fundo, entendo ser caso de devolução dos autos à autoridade *a quo*, de modo a que, já tendo o mérito do direito creditório sido apreciado, dê prosseguimento ao que foi determinado junto ao Conselho de Contribuintes (atual, CARF).

Ademais, invocando o Parecer Normativo Cosit nº 2/2016, determinou a devolução dos autos, por entender que havia elementos pendentes de apreciação, relativos à constituição do crédito tributário.

Assim, dado que estão ainda pendentes de apreciação os elementos constituidores do crédito tributário de que se valeu o interessado para suas compensações eletrônicas, e sendo defeso, neste grau de recurso, decidir originariamente a matéria, entendo ser caso de devolução dos autos à autoridade *a quo*, de modo a que aprecie o mérito do direito creditório postulado e da compensação declarada.

34. Nesse sentido, voto por Dar Provimento à Manifestação de Inconformidade apenas para rejeitar as preliminares de homologação tácita, e afastar o óbice para que se cumpra a decisão proferida pelo CARF, através do acórdão 106-16.813, de 07/03/2008, devendo os autos retornarem à autoridade *a quo*, para cumprimento.

Às e-fls. 638-641, consta despacho da DIORT informando que a DRJ devolvera os autos ao argumento de que o CARF não teria apreciado os elementos que constituem o crédito tributário. Em síntese, afirma que o entendimento da DRJ foi no sentido de que havia sido apurado zero indébito por omissão do interessado ao deixar de apresentar documentos, que a análise da DRJ teria se pautado pelos elementos disponíveis. Ademais, argumenta que houve o enfrentamento do mérito e que a matéria de fundo foi tratada. Por fim, assentou que:

A DRF não decidiu sobre matéria preliminar. Decidiu sobre a apuração do valor do indébito, como determinou o CARF. Cabe a DRJ julgar se esta foi exata e apresentar o valor correto, se discordar, sua apuração prevalecerá sobre a determinação do Executor.

Desta forma, proponho a devolução deste para a DRJ para que ela se manifeste sobre o reconhecimento do valor do indébito feito no despacho decisório combatido pelo interessado. Pela análise feita não é cabível a restituição, no entetanto, se a DRJ assim entender, altere-o, como é de sua competência.

A manifestação da DIORT foi recebida pela 4ª Turma da DRJ do Rio de Janeiro (e-fls. 642-650) como embargos de declaração, ocasião em que proferiu o acórdão nº 12-109.109, que rerratifica acórdão anterior e nega provimento à manifestação de inconformidade (e-fls. 642-650).

Fl. 7 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Assim, o julgador de piso reiterou não ter havido a decadência e confirmou a legitimidade da contribuinte para buscar restituição e compensação dos créditos de ILULI.

A seguir, reiterou seu entendimento no sentido de que não teria havido a homologação tácita da compensação objeto do PER/DCOMP 29704.08875.151003.1.3.04-0061.

Afastou a alegação de nulidade do despacho decisório, pois a anterior decisão do CARF, embora tenha reconhecido expressamente o direito à restituição e prova da existência de recolhimentos indevidos (DARFs às e-fls. 02-03), determinou-se a apuração do crédito objeto dos recolhimentos indicados. Assim, reiterou que faltou a apuração do quantum devido de imposto de modo a se confirmar a compensação, o que não importa em rediscussão de mérito, como defendido pela contribuinte.

Quanto ao mérito em si, o acórdão anterior, como se disse, assentou que já teria sido enfrentado pelo CARF. Neste segundo acórdão, ora recorrido, de outro lado, restou dito o quanto segue:

30. Dessa forma, deve-se afastar a alegação da Interessada de que o último no despacho decisório pretendeu-se analisar o mérito que já se encontrava analisado, uma vez que, inobstante o (atual) CARF ter reconhecido haver pagamentos indevidos nos autos, deixou claro que restaria à unidade de origem analisar o quantum devido de imposto, a fim de se confirmar (ou não) a procedência da compensação, tudo na conformidade do Acórdão CC n. 106-16.813 de 07/03/2008, da 6ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes.

31. Ademais, consta dos autos que a unidade de origem expediu intimações em 30/09/08 e 09/06/09 (fls. 388 e 390), solicitando informações pertinentes a viabilizar a análise do quantum creditício, a saber: i) quanto à destinação dos lucros apurados pela Incorporada TELECOMUNICAÇÕES DA PARAÍBA S/A nos anos de 1989, 1990 e 1991; ii) discriminação da parcela dos lucros apurados pela incorporada ao patrimônio líquido; e, iii) concernente aos lucros distribuídos, informação dos valores correspondentes a beneficiários, pessoa física e jurídica, discriminando a parcela atribuída aos residentes no país e a parcela atribuída a residentes ou domiciliados no exterior. Todavia, a Interessada não atendeu as referidas intimações, tendo apenas solicitado dilações do prazo por 7 (sete) vezes, não carreando aos autos (inclusive em sua MI) qualquer prova na forma solicitada, de modo a viabilizar a verificação do crédito.

32. Assim agindo, a Interessada não logrou afastar os fundamentos que levaram a não homologação do perdcomp sob análise.

33. Nesse sentido, voto por Re-Ratificar o Acórdão 12-102.785, de 17/10/2018, para Negar Provisório à Manifestação de Inconformidade a fim de:

Rejeitar as preliminares de nulidade e de homologação tácita; e,

No mérito, manter o Despacho Decisório de fls. 549/553, que não homologou as compensações referentes ao perdcomp 29704.08875.151003.1.3.04-0061.

Foi interposto Recurso Voluntário (e-fls. 660- 676), onde a recorrente narrou os fatos, tendo fixado algumas premissas fáticas, dentre as quais cito as mais relevantes:

- Que o acórdão proferido pelo CARF (e-fl. 375), por não ter sido objeto de recurso, tornou-se definitivo em 05.05.2008, momento em que a Procuradoria da Fazenda Nacional dele teve ciência.

- Que seriam desnecessárias as intimações para juntada de documentos, uma vez que o Conselho de Contribuintes já havia declarado o direito da Recorrente à restituição do ILL pago a maior, independentemente da distribuição dos lucros aos acionistas.

Fl. 8 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Ainda nos fatos, a recorrente apontou que o acórdão recorrido, em suma, **(i)** entendeu inexistir limitação temporal para que o Fisco profira novo despacho decisório após a reforma da decisão anterior; **(ii)** considerou que o acórdão do Conselho de Contribuintes não teria se manifestado sobre os recolhimentos a maior; e **(iii)** no mérito, manteve o indeferimento da compensação ao argumento de ausência de comprovação dos beneficiários dos lucros distribuídos.

Quanto ao direito, a recorrente reitera seu entendimento de que teria havido a homologação tácita das compensações no momento da intimação do segundo despacho decisório, pois, no seu sentir, a invalidação dos motivos de sustentam o despacho decisório equivale a sua anulação. Afirma textualmente: “*É que o despacho decisório, por ter a natureza de ato administrativo, vincula-se aos motivos que serviram de suporte à sua criação, isto é, a fundamentação do despacho decisório integra-se à sua validade.*”, argumento rechaçado pelo acórdão recorrido.

Defende a recorrente que teria havido confusão em relação aos seus argumentos, uma vez que não se amparou eventual nulidade decorrente do art. 59, II do Decreto nº 70.235/72. Em suas palavras:

O que a Recorrente sustenta é que, no momento em que o CARF (ou o Conselho de Contribuintes) deu provimento ao recurso voluntário e reconheceu o equívoco do despacho decisório, determinando que outro fosse proferido, **aquele despacho decisório perdeu qualquer eficácia no tocante à interrupção do prazo decadencial previsto no art. 74, §5º, da Lei 9.430/1996.**

(...)

Em outras palavras, invalidação do despacho decisório originário pelo Tribunal Administrativo restabelece o status quo ante, ou seja, para todos os efeitos legais, é como se nunca tivesse sido proferido o primeiro despacho, cancelado que foi pelo CARF.

No caso dos autos, ao analisar em 2006 a validade da compensação, caberia à Fiscalização verificar **em todos os aspectos que considerasse relevantes**, a existência do crédito. Entretanto, por ocasião do primeiro despacho decisório, o Fisco simplesmente alegou que o crédito de ILL não poderia ser restituído em razão do art. 166 do CTN, **o que estava equivocado como reconhecido pelo CARF.**

A conclusão é que, diante da decretação de invalidade dos motivos que sustentavam o despacho decisório tem-se que o mesmo não produziu efeitos jurídicos. **[Grifos originais]**

Assim, alega a recorrente que a homologação tácita pode ser reconhecida se considerado como termo inicial a data da transmissão do PER/DCOMP, ou seja, 15/10/2003 e como termo final a data da intimação do segundo despacho decisório, em 2017. Afirma textualmente que:

Afinal, o despacho decisório proferido em 2006, para todos os efeitos, é considerado inexistente por ausência de fundamentação válida. Considerando que a Recorrente foi intimada do despacho decisório apenas em 2017, ou seja, 14 (quatorze) anos após a transmissão do PER/DCOMP nº 29704.08875.151003.1.3.04-0061, o reconhecimento da homologação tácita é medida que se impõe.

A recorrente destaca, ademais, que o art. 74, § 5º, da Lei 9.430/1996 não prevê qualquer possibilidade de suspensão ou reinício da fluência do prazo decadencial de que dispõe o Fisco para analisar as compensações. Refere entender inadmissível a não homologação de compensação validamente transmitidas em razão da determinação de quantificação do indébito, que decorre de pedido de restituição utilizado parcialmente na DCOMP transmitida em 2003.

Fl. 9 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Pondera que de outra forma, que se estaria permitindo a realização, em 2017, de uma ampla e irrestrita análise da compensação declarada em 2003, configuraria verdadeira burla à norma literal do art. 74, §5º, da Lei 9.430/1996.

Sucessivamente, argumenta a possibilidade de vislumbrar um reinício da contagem do prazo de cinco anos para análise da compensação após a decisão do Conselho de Contribuintes em 2008.

Esclarece, no ponto, que não enxerga nas disposições do art. 74, § 5º da Lei nº 9.430/96 qualquer hipótese de interrupção ou reinício da contagem do prazo decadencial para apreciação de pedido de compensação. Consigna expressamente que:

Contudo, mesmo que se entenda que a decisão proferida pelo CARF nestes autos determinando fosse procedida a restituição/compensação do indébito “após as cautelas de praxe” (fl. 286 dos autos) teria implicado em reinício do prazo decadencial de 05 anos, ainda sim estaria configurada a homologação tácita.

É que tal decisão tornou-se definitiva por ausência de recurso fazendário em 05.05.2008, data em que o patrono da Fazenda Nacional tomou ciência do acórdão sem apresentar recurso. Sendo assim, a Receita Federal deveria ter analisado as compensações em novo prazo de 05 anos a contar daí, ou seja, até 05.05.2013.

Como o despacho decisório foi proferido apenas em 2017 a conclusão não pode ser outra: ocorreu a homologação tácita sob todos os ângulos em que se analise a questão.

Insiste que o fisco teve duas oportunidades de analisar o direito creditório, e nas duas se valeu de argumentos equivocados para afastar o seu direito. Defende que Desta forma, não caberia agora invocar novos argumentos para indeferir o mesmo crédito, quando já transcorrido o prazo de 05 anos que a legislação concede para tanto, mesmo em se considerando que tal prazo teria sido reaberto pelo Conselho de Contribuintes em 2008.

Em novo tópico, reitera os argumentos já expendidos na sua manifestação de inconformidade no sentido de que teria havido violação ao acórdão do CARF proferido em 2008 pelo despacho decisório, porque teria havido rediscussão de matéria já decidida nestes autos contrariamente às pretensões do Fisco.

Esclarece que o despacho decisório proferido em 2006 deixou de reconhecer o direito creditório e não homologou a compensação por entender que os acionistas da Recorrente é que seriam os contribuintes do ILL retido (fl. 244), de modo que a empresa teria que demonstrar ter assumido o encargo financeiro do imposto. Este despacho decisório, no entanto, foi reformado pelo Conselho de Contribuintes em 2008 ao argumento de que a cobrança do ILL das Sociedades Anônimas (caso da Recorrente) é inconstitucional, **independentemente da sua distribuição aos acionistas, o que tampouco fora provado (ou alegado) pelo despacho decisório**, e transcreve trecho do voto condutor, que deixo de reproduzir porquanto já consta no presente relatório.

Assim, entende que com base no acórdão do Conselho de Contribuintes de 2008, bastaria a Receita apurar o crédito tributário. No entanto, entende que a discussão aceca do seu direito à repetição de indébito foi reaberta por meio de argumentos laterais. Reproduz o despacho decisório de 2017 para apontar este fato, onde se observa que a autoridade fiscal condicionou a restituição do total recolhido à comprovação da inexistência de distribuição de lucro, entendimento mantido pelo acórdão ora recorrido.

Assenta que a própria DRJ reconheceu que o acórdão proferido pelo CARF entendeu comprovados os recolhimentos indevidos do imposto, razão pela qual caberia à Receita Federal tão somente proceder à sua restituição/compensação “após as cautelas de praxe”.

Fl. 10 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Contudo, afirma que a DRJ, sem explicar muito bem porque, teria entendido que, ao determinar a observância das “cautelas de praxe”, o acórdão do Conselho de Contribuintes teria implicitamente autorizado nova análise da adequação jurídica do indébito pleiteado por parte da autoridade preparadora, o que se revela de todo equivocado.

No seu sentir, adotar “as cautelas de praxe”, trata-se, à toda evidência, de mera determinação para seguir os procedimentos normais e usuais para a devolução de um indébito cujo mérito já foi apreciado (como a quantificação antes da restituição em pecúnia e a verificação da necessidade de compensação de ofício).

Destaca que “apurar o crédito tributário” e “proceder à restituição/compensação” são atos absolutamente incompatíveis com nova análise da legitimidade jurídica do pedido de restituição, especialmente para condicionar o direito à devolução à efetiva distribuição dos lucros, que já fora considerada irrelevante. Assim, entende que o Conselho de Contribuintes não abriu espaço para novos questionamentos acerca do mérito do pedido de restituição do ILL. Afirma textualmente:

E não o fez por um motivo muito simples: no voto condutor do acórdão do Conselho de Contribuintes foi adotado o entendimento sufragado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da incidência do ILL sobre os lucros distribuídos por sociedades anônimas, **independentemente de sua distribuição ao acionista**. [Grifo original]

A recorrente abre novo tópico onde noticia a irrelevância da distribuição do lucro para a repetição do ILL pago por Sociedades Anônimas em razão da inconstitucionalidade incondicional declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Aponta que o despacho decisório proferido em 2017 indeferiu o pedido de restituição e não homologou a compensação por alegada insuficiência probatória (prova da não distribuição dos lucros sobre os quais incidiram o ILL). E que, contraditoriamente, o despacho decisório reconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 35 da Lei nº 7.713/88 no julgamento do RE 172.0583.

Insurge-se contra o argumento da autoridade fiscal no sentido de que a inconstitucionalidade do ILL foi declarada apenas em relação aos lucros não distribuídos pelas sociedades anônimas, de modo que seria necessária a prova de tal fato, pois o imposto poderia incidir sobre lucros efetivamente distribuídos. Em consequência, afirmou a autoridade fiscal que não teriam sido apresentadas provas da não distribuição do lucro líquido, e que por isso não haveria elementos aptos para o reconhecimento do pagamento indevido. Reproduz o correspondente trecho do despacho decisório.

Nesse sentido, defende que a DRJ ignorou os limites da análise do crédito imposto pelo Conselho de Contribuintes ao prover o recurso voluntário, e por ter entendido correto o procedimento adotado na origem.

Esclarece que, além de configurar uma **tentativa de rediscutir matéria já preclusa**, o despacho decisório (no que foi seguido pela DRJ) se equivoca por completo, pois o art. 35 da Lei 7.713/1988 determinava a incidência do ILL no encerramento do período base de apuração sobre o lucro líquido apurado pelas sociedades anônimas, sociedades limitadas e também da empresa individual. Argumenta que o STF jamais condicionou a inconstitucionalidade da incidência do ILL à ausência de distribuição de lucros, especialmente pelas S/A e transcreve trecho do voto do Ministro Relator, Marco Aurélio.

Afirma textualmente:

Fl. 11 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Como se vê, o STF realmente admitiu ser legítima a incidência do ILL para as sociedades por cotas de responsabilidade limitada se houver previsão da distribuição automática de lucros no contrato social. **Mas ressalte-se: esta decisão alcança apenas as sociedades por cotas de responsabilidade limitada!**

Portanto, ao exigir da Recorrente a prova de que o lucro sobre o qual incidiu o ILL foi ou não distribuído, a autoridade fiscal e o acórdão da DRJ estão, na

verdade, pretendendo aplicar a decisão tomada pelo STF em relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

E ainda assim, aplicam mal a decisão, que exige apenas a prova de que há ou não determinação de distribuição imediata no contrato social, e não a prova da efetiva distribuição dos lucros.

Se tal pretensão é questionável para as sociedades limitadas, a mesma revela-se absolutamente indevida para as sociedades anônimas. É que, como visto, em relação a este tipo societário, **a incidência do ILL foi declarada inconstitucional sem quaisquer ressalvas!** [Grifos originais]

Cita julgado deste CARF para amparar seu entendimento e explica que “uma vez que o STF extirpou do art. 35 da Lei 7.713/1988 a expressão “o acionista”, simplesmente não há norma jurídica que lastreie a incidência do ILL sobre os lucros apurados pelas sociedades anônimas, pouco importando se os mesmos foram ou não distribuídos.”

Conclui, assim, pela irrelevância a efetiva distribuição dos lucros é irrelevante para a análise da legitimidade do pedido de restituição do ILL recolhido pelas sociedades anônimas e advoga ser inequívoco o seu direito à restituição do ILL pago a maior nos anos de 1990, 1991 e 1992.

Por fim, pede o integral provimento ao presente recurso voluntário, para que sejam integralmente homologadas as compensações declaradas.

É o relatório.

Voto

Conselheira Fabiana Okchstein Kelbert, Relatora.

Do conhecimento do recurso

O recorrente teve ciência eletrônica do acórdão recorrido na data de 11/10/2019 (e-fl. 657), e protocolou o recurso em 12/11/2019 (e-fl. 659), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto nº 70.235/1972.

A matéria vertida no recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme art. 2º e 7º do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015.

Dessa forma, porquanto tempestivo e por preencher os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e passo a analisar o seu mérito.

Da necessária conversão do feito em diligência

A teor do quanto se relatou, a recorrente afirma ter havido violação ao acórdão do CARF proferido em 2008 pelo despacho decisório, em razão da pretendida rediscussão de matéria já decidida nestes autos contrariamente às pretensões do Fisco.

Fl. 12 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Ademais, em tópico subsequente, afirma a irrelevância da distribuição do lucro para a repetição do ILL pago por Sociedades Anônimas. Passo a analisar estas alegações conjuntamente, porquanto intimamente relacionadas.

Tenho que assiste razão à recorrente.

De fato, o acórdão do Conselho de Contribuintes julgado em 07/03/2008 (e-fls. 365-373) foi provido nos seguintes termos:

Da análise dos presentes autos, não há dúvidas de que a Recorrente sempre foi constituída sob a forma de sociedade por ações, tendo, com essas características, recolhido o ILL (DARFs fl. 02-03).

O artigo 35, da Lei nº 7.713, de 1988, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, previa que:

Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou o 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.

Em se tratando de uma "S.A.", não se pode admitir a materialização da hipótese de incidência do ILL, qual seja a disponibilidade financeira ou jurídica dos lucros aos acionistas, sem a prévia deliberação da Assembléia, da qual não se tem notícia nos autos.

Logo, embora-a-incidência tenha sido exclusiva na fonte,-o-tributo, a toda evidência, constituiu-se em ônus da pessoa jurídica, geradora do lucro e responsável pela apuração e **recolhimento deste imposto a partir do momento em que o resultado foi apurado independentemente da efetiva distribuição aos seus acionistas.** [Grifo nosso]

Essa conclusão resta clara na ementa do julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferido no âmbito do RE nº 172.058/SC, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello:

Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. Sócio Quotista. Titular de Empresa Individual. Acionista de Sociedade Anônima. Lei nº 7.713/88, artigo 35.

I – No tocante ao acionista o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, dado que, em tais sociedades, a distribuição dos lucros depende principalmente da manifestação da assembléia geral. Não há que falar, portanto, em aquisição de disponibilidade jurídica do acionista mediante a simples apuração do lucro líquido. Todavia, no concernente ao sócio-quotista, o citado art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, não é em abstrato, inconstitucional (constitucional formal). Poderá sê-lo, em concreto, dependendo do que estiver disposto no contrato (inconstitucionalidade material)....(destaque posto)

Assim, reconhecida a legitimidade da Recorrente para pleitear a restituição do ILL, cabe à autoridade administrativa executora deste acórdão apurar o crédito tributário, objeto dos recolhimentos dos DARFs de fls. 02/03;

Desta forma, como estão comprovados nos autos os recolhimentos indevidos, deverá a autoridade executora do julgado, após as cautelas de praxe, proceder à restituição/compensação na forma da Lei.

Do exposto, voto em D A R provimento ao recurso.

Fl. 13 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Seção/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

Assim, correto o entendimento da recorrente quando afirma que tocaria à Receita Federal unicamente apurar o crédito tributário. Isso porque o acórdão mencionado foi claro e expresso no sentido de que inexistia a necessidade de distribuição do lucro líquido, o que atende integralmente ao quanto decidido pelo STF na ocasião do julgamento do RE nº 172.458/SC, como se infere do trecho da ementa ora colacionado:

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA. O artigo 35 da Lei nº 7.713/88 é inconstitucional, ao revelar como fato gerador do imposto de renda na modalidade 'desconto na fonte', relativamente aos acionistas, a simples apuração, pela sociedade e na data do encerramento do período-base, do lucro líquido, já que o fenômeno não implica qualquer das espécies de disponibilidade versadas no artigo 43 do Código Tributário Nacional, isto diante da Lei nº 6.404/76".

Diga-se, ainda, que em decorrência da declaração de inconstitucionalidade referida, foi editada pelo Senado Federal a Resolução nº 82 de 1996, que contou com a seguinte redação: *"Suspende, em parte, a execução da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista" contida no seu art. 35."*

Assiste razão à recorrente, portanto, quando afirma que a discussão sobre seu direito à repetição de indébito foi reaberta por meio de argumentos externos à decisão que o reconheceu.

Entendo, desse modo, que as exigências no sentido da comprovação da não distribuição do lucro líquido de sociedade anônima, efetivamente desbordam do conteúdo decisório do acórdão que deu provimento ao recurso voluntário, já diversas vezes aqui mencionado. Isso significa que, por se tratar de sociedade anônima, inexigível a comprovação da distribuição do lucro líquido, pois basta a sua apuração.

Com efeito, consta nos autos que foram comprovados os recolhimentos indevidos do imposto, de modo que à Receita Federal cabia unicamente proceder à sua restituição/compensação no valor pleiteado pela recorrente.

Assim, por ter o acórdão nº 106-16.813 assentado que a distribuição efetiva dos lucros aos acionistas é irrelevante, entendo que deverá ser homologada a compensação declarada relativa ao ILL pago a maior nos anos de 1990, 1991 e 1992, o que depende, todavia, da comprovação da existência do crédito.

A própria recorrente esclarece que, na origem tem-se pedido de restituição de ILULI na fonte (e-fl. 03), relativo aos anos de 1990 a 1992, e que, a seguir, transmitiu o PER/DCOMP 29704.08875.151003.1.3.04-0061, declarando quitação de débito de COFINS do período de apuração setembro/2003 (e-fls. 237-240).

Falta certeza, contudo, quanto ao efetivo valor do crédito pleiteado, que inclusive foi pago em moeda anterior ao Real (DARF à e-fl. 06).

Há dúvidas ainda, quanto à eventual utilização do crédito em outras compensações, já que, no PER/DCOMP (e-fl. 238), o crédito original na data da transmissão (R\$ 455.650,61) difere do valor original do crédito inicial (R\$ 1.191.435,21), o que leva a crer que já teriam sido realizados outros aproveitamentos.

Por fim, nem mesmo a composição do crédito pleiteado está esclarecida nos autos, uma vez que o Pedido de e-fl. 03 inclui valores pagos em relação aos exercícios de 1990, 1991 e 1992, aparentemente, incluindo os valores pagos em parcelamento relativo ao exercício de 1991, conforme e-fl. 07 e teor da primeira Manifestação de Inconformidade (e-fl. 71), mas não há nos autos qualquer comprovante dos referidos pagamentos.

Fl. 14 da Resolução n.º 1302-000.982 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo nº 11618.000881/00-46

As informações relativas ao parcelamento realizado no âmbito do processo administrativo nº 10467.001210/91-20 (e-fls. 195-205) não são claras quanto aos valores efetivamente pagos, nem há informações acerca da disponibilidade dos referidos valores.

Tendo em vista que esta instância não detém acesso aos sistemas de controle da RFB, surge a necessidade de conversão do julgamento em diligência, para que a unidade de origem, inclusive mediante Intimação da recorrente:

- a) Informe qual o valor original em Reais dos pagamentos relativos aos DARF de e-fl. 06;
- b) Informe qual o valor original em Reais dos pagamentos realizados no âmbito do processo administrativo nº 10467.001210/91-20;
- c) Verifique a existência dos pagamentos que a recorrente alega ter realizado em relação ao exercício de 1992 (conforme e-fl. 71) e, em caso de confirmação, o valor original em Reais dos referidos pagamentos;
- d) Esclareça, por meio de demonstrativo detalhado, a composição (em valor original em Reais) do montante pleiteado no Pedido de Restituição de e-fl. 03;
- e) Esclareça, por meio de demonstrativo detalhado, todas as compensações e pedidos de restituição realizados em relação ao montante pleiteado no Pedido de Restituição de e-fl. 03, e eventual crédito remanescente passível de restituição (em valor original em Reais).

Ao final, deverá ser elaborado relatório conclusivo sobre a diligência, intimando-se a contribuinte a se manifestar no prazo de 30 dias. Após este prazo, independentemente da manifestação da Recorrente, os autos deverão retornar ao CARF para julgamento.

É nesse sentido que oriento o meu voto.

(documento assinado digitalmente)
Fabiana Okchstein Kelbert