



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

Processo nº 16707.001014/00-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1301-003.777 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de março de 2019
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO ILL
Recorrente TELECOMUNICAÇÕES DO RIO GRANDE DO NORTE S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993

ILL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE.
INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 166 DO CTN.

É pacífica a jurisprudência deste Conselho a respeito da legitimidade da empresa que tenha recolhido indevidamente valores a título de ILL para pleitear a restituição do respectivo indébito, não se aplicando ao caso a regra do artigo 166 do Código Tributário Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para superar o óbice a legitimidade da Recorrente para pleitear a restituição do ILL e determinar o retorno dos autos à unidade de origem para que profira despacho decisório complementar sobre o mérito do pedido, oportunizando ao contribuinte a complementação de provas do fato constitutivo do seu direito pleiteado reiniciando-se, a partir daí, o rito processual de praxe.

(assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente.

(assinado digitalmente)

Amélia Wakako Morishita Yamamoto - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Roberto Silva Junior, José Eduardo Dornelas Souza, Nelso Kichel, Carlos Augusto Daniel Neto, Giovana Pereira de Paiva Leite, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Bianca Felícia Rothschild e Fernando Brasil de Oliveira Pinto (Presidente).

Relatório

TELECOMUNICAÇÕES DO RIO GRANDE DO NORTE S/A, já qualificado nos autos, recorre da decisão proferida pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro (RJ) - DRJ/RJOI (e-fls. 350 e ss), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a manifestação de inconformidade apresentada e manteve o Despacho Decisório - Parecer 242/07 (fl. 213/217).

Segundo o Relatório do acórdão recorrido:

Versa este processo sobre Pedido de Restituição (fl. 1), referente a pagamentos a título de ILULI, conforme art. 35 da Lei 7.713/1988, e Pedidos de Compensação (fls. 33/35).

Despacho Decisório da DRF, fls. 213/217

Através do Despacho Decisório — Parecer nº 242/07 (fls. 213/217), proferido, e cumprimento à determinação do Conselho de Contribuintes (Acórdão 102-45.894, de 06 de dezembro de 2002 — fls. 140/145), que afastou a ocorrência da decadência e determinou apreciação do pedido pela autoridade preparadora, não houve o reconhecimento do direito creditório e foram indeferidas as compensações.

Da Manifestação de Inconformidade

Nos termos da decisão da DRJ, segue o relato da Manifestação de Inconformidade, (fls. 224 e ss) que aduziu os seguintes argumentos:

- *as compensações foram indeferidas com base em novos e inusitados argumentos de mérito, sendo nulo o despacho decisório, por impropriedades técnicas e por cerceamento do direito de defesa;*
- *os pagamentos foram feitos com recursos próprios da pessoa jurídica;*
- *uma vez declarada a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/1998, para as sociedades anônimas, todos os recolhimentos efetuados são indevidos desde a sua origem;*
- *se a sociedade anônima, antes mesmo de qualquer eventual autorização para a distribuição dos lucros aos acionistas, estava obrigada a recolher o ILULI, por força de obrigação inconstitucional, fazendo-o com recursos próprios e em seu nome (conforme DARF), resta evidente que está legitimada a repetir ou a compensar o indébito, sem qualquer necessidade da autorização prevista no art. 166 do CTN, conforme entendimento consagrado pela jurisprudência administrativa e judicial;*

- *inexistindo fato gerador constitucionalmente valido, não nasce qualquer obrigação tributária;*

- *se acabou por atribuir a algum acionista menos lucro ou ações, tal passou a ser uma questão entre este e a companhia;*

- *os débitos não são suscetíveis de encaminhamento para a cobrança executiva por estarem com exigibilidade suspensa — artigos 144 e 151, III, do CTN.*

Em julgamento realizado em 28 de maio de 2008, a 1ª Turma da DRJ/RJOI, considerou improcedente a manifestação apresentada e prolatou o acórdão 12-19.337, assim ementado:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992, 1993

REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

Somente o contribuinte de fato é parte legítima para pleitear a repetição do indébito.

Solicitação Indeferida

Do Recurso Voluntário

A contribuinte apresentou recurso voluntário às e-fls. 76 e ss, onde reforça os argumentos já apresentados em sede de manifestação de inconformidade, atendo-se aos seguintes pontos:

- da nulidade do despacho decisório de fls. 217 por impropriedades técnicas e/ou mesmo por cerceamento do direito de defesa;

- pressuposto e efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, para as sociedades anônimas e a não ocorrência do fato gerador no caso;

- a contribuinte era e é parte legítima para requerer a restituição do ILL, não se aplicando assim o art. 166 do CTN sim o art. 165 do CTN;

- aplicação do art. 165 e não do 166 do CTN no caso, não é exigível portanto, a comprovação/prova de que a sociedade anônima assumiu os respectivos encargos financeiros, até porque, isso nem poderia ser diverso;

- precedentes

Recebi os autos por sorteio em 20/11/2018.

É o relatório.

Voto

Conselheira Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Relatora.

A contribuinte foi cientificada do teor do acórdão da DRJ/RJO1 e intimada ao recolhimento do débito em 11/08/2008, (AR à e-fl. 355), e apresentou em 04/09/2008, recurso voluntário, juntados às e-fls. 356 e ss.

Já que atendidos os requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72, e tempestivo, dele conheço.

Trata-se de Pedido de Restituição de ILL, protocolados em 28/04/2000, pagos indevidamente relativos aos anos-bases de 1989 a 1992, com DARFs pagos em 30/04/1990, 30/04/1991, 30/10/92, 30/11/92, 30/12/92, 29/01/93, 26/02/93, 31/03/93.

Inicialmente, cabe salientar que estes autos já passaram pelo CARF, no que tange à decadência, que ao final foram afastados em julgamento e determinado o retorno dos autos à unidade de origem para que proferisse decisão quanto ao crédito.

Assim, segundo o Despacho Decisório, de e-fls. 213, somente o contribuinte de fato, ou seja, aquele que assumiu o encargo financeiro, é parte legítima para pleitear a repetição do indébito, nos termos do art. 166 do CTN.

De igual forma entendeu o acórdão recorrido, segundo o qual não seria ético nem justo devolver o tributo indevido a quem não o suportou, seria enriquecimento sem causa.

Preliminares

Nulidade do despacho decisório de fls. 217 por impropriedades técnicas e/ou mesmo por cerceamento do direito de defesa

Ora, o novo despacho decisório foi dado em razão do afastamento da decadência pelo CARF da possibilidade de restituir os créditos.

Diante disso, novo despacho foi necessário, e nesse o pedido de restituição foi indeferido em razão da falta de legitimidade de se requerer o crédito, que segundo a autoridade fazendária seria de terceiros, ou autorizada por eles, nos termos do art. 166 do CTN.

A decadência era questão preliminar à de mérito, assim como a legitimidade é questão de mérito, e assim, elas devem ser analisadas antes do mérito.

Assim, não vejo como o despacho ser considerado nulo, ou ainda, que seu direito de defesa tenha sido cerceado. Posteriormente, em sede de manifestação de inconformidade expôs suas considerações.

Passemos aos fatos.

Tratamos aqui de pedido de restituição de ILL, apresentado em 28/04/2000, referente a período de 1989 e 1992, conforme já mencionado no início.

Assim, tratamos aqui apenas da questão da legitimidade: a recorrente tem o direito de pleitear a restituição do imposto aqui tratado?

Ora, tanto o despacho decisório quanto a DRJ mantiveram o entendimento de que neste caso aplicável o art. 166 do CTN, havendo a necessidade do contribuinte autorização de terceiros .

***Art. 165.** O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*

***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;*

***II** - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

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

***Art. 166.** A restituição de tributos que comportem, 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.*

Entretanto, o artigo 166 do CTN somente se aplica aos chamados tributos indiretos, em que há transferência do encargo financeiro. Os tributos diretos, a exemplo do imposto de que aqui se trata (ILL), não estão sujeitos ao comando do dispositivo enfocado.

No caso do ILL, não há a chamada transferência do encargo financeiro a terceiros, na medida em que referido tributo incidia sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas apurado na data de encerramento do período. Ou seja, nos termos do o art. 35, da Lei nº 7.713/88, a incidência do ILL ocorria antes mesmo da distribuição, não havendo que se falar em incidência do ILL sobre valores recebidos pelos sócios.

A própria recorrente suportou os encargos financeiros do tributo - ILL, antes mesmo da distribuição de lucros aos acionistas, ou seja, antes mesmo deles possuírem qualquer disponibilidade jurídica ou econômica sobre tais lucros, a sociedade anônima já estava obrigada ao recolhimento do imposto, considerado posteriormente, inconstitucional.

Esse foi o entendimento do STF no RE 172.085/SC - Rel. Min. Marco Aurélio de Mello:

"Constitucional. Tributário. Imposto de Renda. Lucro Líquido. (...) Acionista de Sociedade Anônima. Lei n.º 7.713/88, artigo 35. I — No tocante ao acionista o art. 35 da Lei n.º 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. (...)

Nesse sentido também:

(...) Ora, se a inconstitucionalidade do tributo resulta de o dividendo não se transferir ao patrimônio do sócio, é intuitivo que a empresa pagadora do indébito sofreu — ela própria — o prejuízo;

c) se assim ocorre, não se há de cogitar na incidência do Art. 166 do Código Tributário Nacional.

(STJ, REsp 229579/SC; 1 a T., Min. Humberto Gomes de Barros; DJ 18/09/2000)

Ademais, a jurisprudência deste Conselho já se firmou há muitos anos de forma favorável à pretensão da Recorrente, como demonstram as decisões abaixo transcritas:

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.

(Acórdão nº 106-16587, de 07.11.2007)

Deste último julgado, merece transcrição o seguinte trecho, extraído do voto condutor, de relatoria do Conselheiro Gonçalo Bonet Alage:

Com a devida vênia às autoridades julgadoras de primeira instância, penso que o artigo 166 do CTN é inaplicável ao caso em apreço.

Isso porque o ILL não é tributo indireto como o IPI e o ICMS.

E como tributo direto, que não comporta transferência do respectivo encargo financeiro a terceiros, a restituição do ILL indevidamente recolhido não se sujeita ao comando do dispositivo enfocado.

O ILL incidia, nos termos do artigo 35 da Lei nº 7.713/88, sobre o lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data de encerramento do período-base.

A incidência não era sobre os valores recebidos pelos sócios das empresas.

Assim, no caso em apreço, não se pode cogitar que o ônus financeiro decorrente de tal tributação seja de qualquer outra pessoa, que não da própria recorrente.

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

Assim sendo, e aplicando-se aqui o referido entendimento, devem os autos ser novamente remetidos à origem para que seja analisado o mérito do pedido de restituição formulado.

CONCLUSÃO

Diante de todo o acima exposto, voto por conhecer do Recurso Voluntário do contribuinte para DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL e reconhecer a legitimidade da Recorrente para pleitear a restituição do ILL, determinando o retorno dos autos à DRF do Rio de Janeiro para apreciação do mérito do pedido de restituição, oportunizando ao contribuinte a complementação de provas do fato constitutivo do seu direito pleiteado reiniciando-se, a partir daí, o rito processual de praxe.

(assinado digitalmente)
Amélia Wakako Morishita Yamamoto

Processo nº 16707.001014/00-15
Acórdão n.º **1301-003.777**

S1-C3T1
Fl. 529

Processo nº 16707.001014/00-15
Acórdão n.º **1301-003.777**

S1-C3T1
Fl. 530
