



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10070.002013/99-93
Recurso Embargos
Acórdão nº 1301-004.467 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2020
Embargante CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 1991

ILL. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35 DA LEI 7.713/88. RECONHECIMENTO PELO SUPREMO.

O recolhimento efetuado a título de ILL, fundamentado em norma considerada inconstitucional pelo Supremo, com efeito *ex tunc*, configura pagamento indevido.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. COMPROVAÇÃO.

O contribuinte demonstrou o pagamento indevido através da apresentação de Documento de Arrecadação - DARF realizado nos autos do processo administrativo cujo o ILL foi lançado de ofício.

REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

O pagamento indevido deve ser restituído ao contribuinte acrescido de juros moratórios nos termos da lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos do contribuinte e da Procuradoria, sem efeitos infringentes, para suprir as omissões apontadas, e ratificar o reconhecimento do direito creditório no valor de R\$ 1.415.225,41, o qual deverá ser acrescido de juros moratórios, e homologar as compensações declaradas até esse limite. Declarou-se impedida de participar do julgamento a Conselheira Bianca Felícia Rothschild, substituída pelo Conselheiro Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado).

(documento assinado digitalmente)

Fernando Brasil de Oliveira Pinto - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Roberto Silva Júnior, José Eduardo Dornelas Souza, Ricardo Antonio Carvalho Barbosa, Rogério Garcia Peres, Giovana Pereira de Paiva Leite, Lucas Esteves Borges, Marcelo José Luz de Macedo (suplente convocado) e Fernando Brasil de Oliveira Pinto.

Relatório

Trata o presente processo de Pedido de Restituição-PER, de crédito oriundo de ILL-Imposto de Renda sobre o Lucro Líquido, referente ao ano-calendário 1991 (fl. 01). Por bem descrever os fatos, transcrevo trecho do relatório do acórdão da DRJ (fls. 842 e ss):

Trata o presente processo de manifestação de inconformidade da interessada acima qualificada, ao Despacho Decisório de fl. 657, exarado pelo titular da Divisão de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária - Diort/Derat/RJO, que não reconheceu o direito creditório pleiteado por meio do Pedido de Restituição - PER, de fl. 01, referente ao imposto de renda sobre o lucro líquido - ILL (ou ILULI), apurado no ano-calendário de 1991, no valor de R\$ 2.266.941,64.

O Despacho Decisório de fl. 657 tem por base o Parecer Conclusivo Diort/Derat/RJO n.º 143/2007 (fls. 650/656), o qual propôs o indeferimento do direito creditório pleiteado pela interessada.

Abaixo alguns trechos do Despacho Decisório acima referido, onde não reconhece o direito creditório da interessada:

"Inicialmente cabe ressaltar que não obstante a interessada ter solicitado a restituição de crédito referente ao imposto sobre o lucro líquido - ILULI - no valor de R\$ 2.266.914,64 (fl.01), limitou-se a anexar aos autos memória de cálculo no recolhimento de IRPJ relativo aos anos de 1989, 1990 e 1991, tendo sido informado no demonstrativo de fl. 04 o total geral de 11.148.867,45 UFIR, correspondente a R\$ 7.378.320,48, bem como as compensações de pagamentos anteriores no total de 648.100,26 UFIR, correspondente a R\$ 428.912,75, e os recolhimentos no total de 10.500.767,19 UFIR, correspondente-a R\$ 6.949.407,73.

Consta à fl.06 cópia de DARF, recolhido em 15/12/1994, no valor total de R\$ 6.949.406,73, sob o código de receita 2917, que corresponde a IRPJ - lançamento de ofício, conforme tela do sistema "Consulta Código de receita Específico" de fl. 639, embora o ILULI, enquanto vigente, tivesse como código de receita 0764, conforme página 23 do MAFON1992 (cópia em anexo à fl.640).

Além disso, consultando-se o sistema SINAL07,CONSULTA PAGAMENTO constata-se que no período de 01/01/93 a 31/12/94 não há pagamento de ILULI - código 0764 em nome da interessada nos arquivos da SRF, conforme fl. 641.

Por outro lado, observando o documento intitulado "razões de recurso da Construtora Norberto Odebrecht S/A no processo n.º 10580.006731/94-83 - IRPJ" - fl. 07- verifica-se que a interessada reconheceu não ter impugnado os valores relativos ao item I do termo de Verificação Fiscal - item 2 do auto de infração - custos contabilizados, inclusive efetuando os recolhimentos cabíveis, não tendo tecido comentários acerca do Item II do termo de Verificação Fiscal - item 05 do auto de infração - glosa de custos/despesas consideradas desnecessárias à atividade empresarial desenvolvida pela interessada.

.....

Desta maneira, à luz dos elementos trazidos aos autos não há como se cogitar a hipótese de ILULI, relativo ao ano-calendário de 1991, recolhido a maior.

.....

Na petição de fls. 03/04 que acompanha o Pedido de Restituição - PER (fl 01), a interessada alega que, para evitar sanções penais, optou pelo recolhimento do imposto sobre o lucro líquido - ILL (ou ILULI), exigido na lavratura do auto de infração de IRPJ, constante do processo n.º 10580.006731/94-83 e que, em relação aquele período (1991), constatou que a sua base de cálculo era negativa.

Além disso, considerando que a própria Secretaria da Receita Federal já havia reconhecido ser indevida a cobrança do imposto de renda sobre o lucro líquido - ILULI, no período de vigência do art. 35 da Lei n.º 7.713/88, concluiu que o valor pago a título de ILULI havia sido indevidamente recolhido aos cofres públicos.

Anexou à referida petição, memória de cálculo, DARF pago com o código 2917 - IRPJ, cópia de recurso da interessada referente ao lançamento constante no processo n.º 10580.006731/94-83, procuração e atas de Assembléias da interessada (fls.06/24).

A interessada em fl.28, solicita a substituição do procedimento de restituição através de depósito, pela compensação prevista na IN SRF 21/97, alterada pela IN SRF 79/97.

Foram anexados aos autos os pedidos de compensação de fls. 62,63,64, 75,76, 97 e 98, todos referentes ao presente processo. Esses pedidos foram convertidos em Dcomp por força legal (art. 74 da Lei n.º 9.430/1996, alterada pelos arts. 49 da Lei n.º 10.637/2002, art 17 da Lei n.º 10.833/2003 e art. 4º da Lei n.º 11.051/2004).

As planilhas anexadas em fls. 65,77 e 100 referem-se à composição do PIS/COFINS de competência de 2002.

A interessada requer em fls. 127/128 a juntada de documentos que instruíram aqueles processos (fls. 129/637), já que considera que as matérias em discussão no presente auto e nos processos n.ºs 10580.006731/94-83 e 10070.002012/99-21 são as mesmas.

Nesse mesmo requerimento, avalia as decisões proferidas naqueles processos (proc. n.º 10070.002012/99-21 ref. restituição/compensação de IRPJ e proc. n.º 10580.006731/94-83 ref. auto de infração IRPJ), entendendo que o verdadeiro fundamento do pedido de restituição apresentado naqueles autos é a recomposição do saldo de prejuízos fiscais da interessada, devidamente registrada na parte B do seu LALUR, em montante suficiente para compensar o débito exigido por meio do auto de infração de 14.11.1994 (proc. n.º 10580.006731/94-83), fato esse que tornou indevido o pagamento efetuado em dezembro de 1994 (fl.06).

Diante disso, apresentou manifestação de inconformidade contra a glosa efetuada pela fiscalização naqueles autos e feitos todos os esclarecimentos relativos à recomposição do saldo de prejuízos fiscais acumulados, concluindo que o recolhimento efetuado de IRPJ e de ILL (ou ILULI) foram indevidos, portanto, passíveis de restituição.

Cientificada do Despacho Decisório (fl.658) que indeferiu seu pleito, a interessada irressignou-se contra a decisão e apresentou em 19.09.2007 a sua manifestação de inconformidade (fls. 669/674), acompanhada dos documentos de fls. 675/790, na qual alega, em síntese que:

- o imposto indevidamente recolhido pela requerente foi exigido pela fiscalização por meio de auto de infração, o qual deu origem ao processo n.º 10580.006731/94-83, a fim de elidir a aplicação de sanções penais;

- a exigência do ILULI nos termos do art. 35 da Lei n.º 7.713/1988 foi declarada inconstitucional pelo STF no caso das empresas constituídas sob a forma de sociedades anônimas e que em função dessa decisão, a Secretaria da Receita Federal expediu a Instrução Normativa n.º 63/1997, vedando a constituição de créditos tributários relativamente ao ILL (ILULI), bem como determinando a não aplicação do art. 35 da Lei n.º 7.713/1988 nos casos pendentes de julgamento;

- por conta da vedação acima citada, o valor pago a título daquele imposto foi indevidamente recolhido aos cofres públicos;

- a decisão proferida pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes (proc. n.º 10580.006731/94-83), determinou a recomposição dos prejuízos fiscais em relação ao ano-base de 1991, em montante suficiente para tornar indevido o ILL (ILULI) recolhido;

- não houve manifestação acerca da inconstitucionalidade da referida exação por não ter localizado no sistema qualquer recolhimento a título de ILL (ILULI), pois não identificou pagamentos sob o código 0764;

- o pedido de restituição em questão é o mesmo do imposto de renda retido da fonte incidente sobre o lucro líquido ILL (ILULI) e que não houve recolhimento com o código 0764 mas houve recolhimento com o código 4424, referente ao imposto de renda retido na fonte sobre dividendos, bonificações e lucros (fl.784);

- preencheu o DARF para pagamento do ILL(ILULI) com base em Ato Declaratório SRF/COSAR, de dezembro de 1994 (fls. 786/790), que não disciplinou de forma clara qual o código que deveria ter sido utilizado para recolhimento desse imposto;

- na descrição do item 03 do pedido de restituição fl.01, declara que "o crédito refere-se a imposto sobre o lucro líquido conforme documentação anexa", além da petição que acompanha o pedido e dos dados indicados na memória de cálculo;

- a fiscalização, ao invés de analisar os demais documentos que instruem o próprio pedido de restituição em questão, onde não deixa dúvidas de que o imposto a ser restituído é mesmo o ILL (ILULI), optou pelo caminho que lhe era mais cômodo, alegando não ter localizado o pagamento no sistema;

- ainda que de fato fosse o código 0764 o mais adequado para o recolhimento do ILL (ILULI), o máximo que poderia ter ocorrido seria o equívoco no preenchimento do DARF;

- o mero erro de preenchimento da respectiva guia de arrecadação não pode prejudicar o direito da requerente de repetir o montante do indébito tributário, mormente

quando todos os demais documentos anexados aos autos revelam que o pagamento efetuado foi a título de ILL (ILULI);

- deve ser reconhecido o direito creditório pelas razões detalhadamente expostas na manifestação de inconformidade e no recurso voluntário apresentados nos autos do processo n.º 10070.002012/99-21, cuja matéria é idêntica a apresentada nos presentes autos, na medida em que o lançamento de ofício do ILL (ILULI) que originou o pagamento indevido "sub judice", é decorrente do lançamento que originou o pagamento do IRPJ objeto do referido processo;

- para evitar repetições desnecessárias, junta à presente defesa cópia da manifestação de inconformidade apresentada naqueles autos (fls. 779/790).

Requer a produção de todas as provas em direito admitidas, em especial a juntada de documentos e a realização de diligências, a fim de que seja apurada a verdade material dos fatos.

A DRJ julgou a **manifestação de inconformidade** improcedente através do acórdão n.12-18.639, cuja ementa segue transcrita:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 1991

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO.

O sujeito passivo somente pode compensar-se de créditos que alega possuir junto à Fazenda Nacional com a apresentação de provas hábeis de composição e da existência do direito creditório, de modo que a autoridade administrativa possa aferir liquidez e certeza dos créditos pleiteados.

JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS.

A prova documental deverá ser apresentada juntamente com a impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que fique demonstrado motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente, ou se contraponha a razões ou a fatos trazidos aos autos posteriormente.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA.

Indefere-se o pedido de diligência que deixar de atender aos requisitos previstos na legislação de regência para sua formulação e contenha os autos as provas necessárias ao deslinde da matéria.

Cientificado da decisão em 11/08/08 (fl.852), insurge-se a autuada contra a decisão de 1ª instância através do Recurso Voluntário (fls. 859 a 1.027), interposto em 05/09/08, onde:

a) Reitera que o presente pedido de restituição do ILL não tem por fundamento a rediscussão dos autos de infração, no que diz respeito aos pagamentos de notas fiscais inquinadas de inidôneas. Ressalta que a recorrente não discutiu a questão à época, e não pretende fazê-lo, agora, por conta do pedido de restituição;

b) Conclui que o ILL recolhido é indevido e deve ser restituído à recorrente a partir de dois fundamentos, em nada relacionados com a inidoneidade das notas fiscais objeto da autuação levada a efeito, em 1994, os quais, embora sejam independentes entre si, evidenciam a existência do indébito em questão, quais sejam:

b.1) a exigência do ILL, nos termos do art. 35 da Lei no. 7713, de 22.12.1988, foi declarada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no caso das empresas constituídas sob a forma de sociedades anônimas, como é o caso da recorrente:

b.1.1) Alega, aqui, que a exigência do IRF a que se refere o artigo 8o, do Decreto-lei no 2.065, de 26 de outubro de 1983, não mais vigorava em 1991, conforme, inclusive, reconhecido pela Administração Tributária (ADN CGST no. 06, de 26 de março de 1996) e por jurisprudência emanada deste Conselho (Acórdãos 10185.084 e 10113.695) e, assim, a recorrente efetuou o recolhimento da parte de autuação, referente às já mencionadas despesas vinculadas a notas fiscais consideradas inidôneas, à alíquota de 8% (e não de 25%, como estabelecia aquele Decreto-lei). Tal interpretação foi, segue a recorrente, também ratificada no âmbito de um dos dois julgamentos relacionados à infração principal (Acórdão 10-193.217) e, assim, conclui como evidente que o pagamento realizado relativo à exigência de IRF (objeto do presente litígio) se deu, em verdade, a título de ILL.

b.1.2) Daí, considerando, ademais, os termos da Resolução do Senado Federal no. 82 de 18 de novembro de 1996, que suspendeu, em parte, a execução do artigo 35, da Lei no. 7.713, de 29 de dezembro de 1988, no que diz respeito à expressão "o acionista", e a Instrução Normativa SRF no. 63, de 24 de julho de 1997, que vedou a constituição de créditos tributários relativamente ao ILL bem como determinando a não aplicação do art. 35 da Lei no. 7.713/1988, nos casos pendentes de julgamento, é iniludível do direito à restituição do ILL pago indevidamente.

b.1.3) Quanto às objeções do recorrido ao código de recolhimento utilizado, reputado errôneo, as classifica como "formalismo exacerbado", implicando em desconsideração do conjunto probatório carreado aos autos, alegando, também, que utilizou-se de Ato Declaratório que não disciplinava de forma clara o código a ser utilizado para recolhimento do imposto. Cita, ainda, evidências oriundas do item 03 do Pedido de Restituição bem como da petição e memória de cálculo que o acompanham, no sentido de que se estava a repetir indébito de ILL.

b.1.4) Ainda a propósito, com relação à tese da decisão guerreada do pagamento efetuado ter se constituído em reconhecimento da procedência do lançamento, com a consequente extinção do crédito tributário, impedindo-se, assim, a rediscussão administrativa da matéria em questão, repisa, uma vez mais, que o presente pedido de restituição do ILL não tem por fundamento a rediscussão do caráter indevido de tais pagamentos, efetuados à época da lavratura dos autos de infração, porquanto as notas fiscais inquinadas de inidôneas fossem idôneas, ou coisa que o valha. Pelo contrário, repete a recorrente, não discutiu a questão à época, e não pretende fazê-lo, agora, por conta do pedido de restituição, mas fatos ocorridos supervenientemente tais como o reconhecimento da inconstitucionalidade do ILL e o resultado de julgamentos envolvendo a recorrente, perante o Primeiro Conselho de Contribuintes que implicaram na recomposição do prejuízo fiscal detido pela recorrente, em 1991, à época da ocorrência dos fatos geradores autuados em 14.11.1994, para majorá-lo de forma a ser bastante para absorver a exigência do IRPJ e de todos os tributos cobrados reflexivamente tornaram o ILL

objeto do pagamento efetuado indevido, justificando a apresentação do pedido de restituição "sub judice".

b.1.5) Na pior das hipóteses, se não reconhecido o caráter indevido do pagamento, em face da inconstitucionalidade do ILL para as sociedades anônimas, defende que o pagamento em foco se tornou indevido porque, à época dos fatos, conforme reconhecido pela própria Administração Tributária e pelo acórdão n. 10-193217, não vigorava o artigo 8o, do Decreto-lei no. 2.065, de 1983, de modo que não subsiste causa jurídica ao pagamento.

b.2) A decisão final proferida pela 1a Câmara do 1o Conselho de Contribuintes, nos autos do processo no. 10580.006731/94-83 determinou a recomposição dos prejuízos fiscais da recorrente em relação ao ano-base de 1991, em montante suficiente para a compensação do IRPJ exigido, e tornar indevido o ILL recolhido pela recorrente, enquanto incidência reflexiva do IRPJ:

Se limita aqui a juntar as razões do recurso voluntário anexado aos autos do lançamento principal de IRPJ, uma vez que entende que, por se tratar de tributação reflexa, o reconhecimento do indébito naqueles autos implica o mesmo em relação a este processo.

Pugna, por fim, pela reforma da decisão recorrida, a fim de: i) reconhecer o seu direito de restituir os valores indevidamente recolhidos, em 15.12.1994, a título de ILL (originariamente IRF) e dos encargos legais, e (ii) homologar as compensações entre esses valores e débitos tributários, na forma administrativamente pleiteada.

Em 15/03/2011, o presente recurso foi objeto de julgamento pela 1a. Turma Ordinária da 1a. Câmara da 2a. Seção de Julgamento deste CARF, oportunidade em que o Colegiado decidiu, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para reconhecer o direito creditório de R\$ 1.415.225,41.

Entretanto, a Conselheira Relatora teve seu mandato encerrado sem que tivesse formalizado o referido Acórdão. Assim, foi necessária a designação de Redator *ad hoc*, conforme o art. 17, inciso III, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF no 256, de 22 de junho de 2009.

Às fls. 1039-1045, consta acórdão n.º 2101-000.997, elaborado por redator *ad hoc*, cuja ementa e voto seguem transcritos na íntegra:

Ementa

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Exercício: 1992

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. DIREITO CREDITÓRIO. COMPROVAÇÃO.

A partir da apresentação de provas hábeis de composição e da existência do direito creditório, de modo que a autoridade administrativa possa aferir liquidez e certeza dos créditos pleiteados, deve-se reconhecer o referido direito .

Voto

Conselheiro Heitor de Souza Lima Junior, Redator Ad Hoc designado.

Faço notar que: a) o presente Redator não participava deste Colegiado à época do julgamento do Recurso e da conseqüente prolação do Acórdão aqui formalizado; b) Não se obteve sucesso na tentativa de obtenção das razões de decidir adotadas pelo voto condutor e encampadas pela unanimidade do Colegiado, sendo que a Conselheira Relatora não mais compõe o presente Colegiado.

Destarte, me limito, na presente formalização, a reproduzir o *decisum* constante em ata.

Assim, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito creditório do recorrente, no valor de R\$ 1.415.225,41.

É como voto.

A Procuradoria opôs embargos de declaração, apontando omissão no acórdão embargado, por falta de fundamentação na decisão, os quais foram admitidos por meio de despacho de fls.1072-73.

O contribuinte também opôs embargos de declaração, onde apontou omissão do acórdão que do total do valor do crédito pleiteado de R\$ 2.266.941,64, reconheceu um crédito de R\$ 1.415.225,41 correspondente ao principal, mas deixou de se pronunciar acerca do restante (R\$ 851.716,23), o qual se refere à atualização monetária incidente sobre o indébito, calculada até a data do pedido de restituição. Os embargos do contribuinte também foram admitidos consoante despacho de fl. 1095.

A 1ª Turma da 1ª Câmara da 2ª Seção declinou competência para apreciar os embargos, posto que o o pedido de restituição é relativo ao ILL Imposto sobre o Lucro Líquido reflexo do IRPJ, formalizado com base nos mesmos elementos de prova e tratado no processo administrativo fiscal nº 10580.006731/94-83.

O processo foi então distribuído e sorteado no âmbito da 1ª Seção.

É o relatório.

Voto

Conselheira Giovana Pereira de Paiva Leite, Relatora.

A Procuradoria apresentou tempestivamente os embargos de declaração, onde aponta omissão em face da ausência de fundamentação no acórdão. O contribuinte também apresentou embargos de declaração, posto que a despeito de reconhecer o crédito do principal pleiteado, não se manifestou em relação à correção monetária. Não consta ciência do sujeito passivo.

Constatada as omissões apontadas pelos embargantes, e sendo tempestivos, conheço de ambos os embargos de declaração.

Dos Embargos da Procuradoria

A embargante alega que o acórdão embargado foi omissivo sobre os fundamentos jurídicos que ensejaram o provimento parcial do Recurso Voluntário. Requeru que fossem conhecidos e providos os Embargos de Declaração, para retificar o acórdão embargado e fazer constar as razões de convencimento da turma julgadora ou, se não for possível tal procedimento, proferir novo acórdão em consonância com os princípios resguardados no ordenamento jurídico pátrio.

O acórdão embargado foi elaborado por Redator *ad hoc* que relata não ter logrado êxito em obter as razões de decidir pela Conselheira Relatora originalmente designada para redigir o voto, e por conseguinte, limitou-se a reproduzir no voto a decisão constante da ata, abaixo transcrita:

Assim, voto no sentido de dar provimento ao recurso para reconhecer o direito creditório do recorrente, no valor de R\$ 1.415.225,41.

De fato, um voto que não apresenta qualquer razão de decidir, mostra-se omissivo e enseja a elaboração de novo acórdão. Então, passemos aos fatos.

O contribuinte pleiteou inicialmente restituição de crédito de pagamento indevido ou a maior de ILL – Imposto sobre Lucro Líquido referente ao ano-calendário 1991, no valor de R\$ 2.266.941,64. Posteriormente, fez juntar pedidos de compensação para utilização do crédito pleiteado.

Às fls. 6-7, a Recorrente procura esclarecer que o pagamento indevido ou a maior se deu nos autos do processo n. 10580.006731/94-83, tendo em vista que sofreu autuação de IRPJ e reflexos (PIS, COFINS e o ILL). Declara que o lançamento decorreu de utilização de notas fiscais consideradas inidôneas, tendo havido glosa de custos e despesas, e que, para evitar sanções penais, efetuou o pagamento dos tributos. Aduz que o pagamento seria indevido em razão do reconhecimento, pelo Supremo, da inconstitucionalidade do art.35 da Lei n.7.713/88 que instituiu o ILL, que em função dessa decisão, a Secretaria da Receita Federal expediu a Instrução Normativa n. 63, de 24.07.1997, vedando a constituição de créditos tributários relativamente ao ILL, bem como determinou a não aplicação do art. 35 da Lei n. 7.713/88 nos casos pendentes de julgamento, ou seja, a própria Receita Federal também reconheceu expressamente a inconstitucionalidade da norma. Anexou um memorial de cálculo e DARF (fls. 8-9) e juntou peças do processo 10580.006731/94-83 (auto de infração de IRPJ e reflexos) e do processo n. 10070.00212/99-21. Neste último processo, o contribuinte pede que seja reconhecido o pagamento indevido a título de IRPJ lançado, em razão da recomposição dos saldos de prejuízo fiscal.

O Despacho Decisório não reconheceu o direito creditório, fundamentado no Parecer Conclusivo n.143/2007 (fls. 684 e ss), o qual apontou uma série de incongruências entre o DARF apresentado, o memorial de cálculo, as pesquisas nos sistemas da Receita, mas findou por indeferir o pedido, tendo em vista que o contribuinte não contestou os valores lançados de ofício e efetuou o pagamento correspondente ao imposto lançado de forma espontânea, dentro do prazo, implicando concordância com os tributos lançados de ofício e; ao proceder desta forma não fez juízo à repetição do indébito, uma vez que os tributos lançados de ofício e não expressamente impugnados, consolidam-se administrativamente, independentemente do resultado do julgamento do auto de infração.

Em seu recurso voluntário, em síntese, o sujeito passivo alega primeiramente que o pagamento é indevido em razão do reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 35 da Lei n. 7.713/88 e, subsidiariamente, alega que a decisão final proferida pela 1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes nos autos do processo n. 10580.006731/94-83, determinou a recomposição dos prejuízos fiscais em montante suficiente para tornar indevido o IRPJ e, por conseguinte o ILL reflexo recolhido pela Recorrente.

O ILL-Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido estava previsto no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, nos seguintes termos:

"Art. 35. O sócio-quotista, o acionista ou titular de empresa individual ficará sujeito ao imposto de renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculada com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período base."

No julgamento do Recurso Extraordinário n.º 172.058-1/SC, o Egrégio STF reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, especificamente no que se refere à expressão "o acionista".

Para conferir efeito *erga omnes* à decisão do STF, suspendendo a execução artigo 35 da Lei n.º 7.713/88, no que diz respeito à expressão "o acionista", o Senado Federal fez publicar a Resolução n.º 82, em 19/11/1996, com efeito *ex-tunc*, conforme atesta o Parecer PGFN/CRJ/n.º 1021/1998, abaixo:

PARECER PGFN/CRJ/Nº 1021/1998

Imposto de renda sobre lucro líquido. Retenção na fonte. Acionista. Art. 35 da Lei n.º 7.713/88. Expressão "O Acionista". Inconstitucionalidade. Julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 173.490-6/PR.

Resolução n.º 82/96 do Senado Federal:

-- Suspensão da expressão "O Acionista" (art. 52, X, CF/88); e

-- **efeito ex tunc** (art. 1º, § 2º, do Decreto n.º 2.346/97).


Conclusões: - Inclusão no art. 18 da Medida Provisória n.º 1.621-36/97. Desnecessidade; e - Dispensa de interposição de recursos. Desistência dos já interpostos. Art. 19, II, da Medida Provisória n.º 1.621-36/97. Art. 5º do Decreto n.º 2.346/97. Ato Declaratório. Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Assim, restou reconhecida a inconstitucionalidade da exigência do ILL para as sociedades por ações.

Desta feita, o ILL reflexo referente ao ano-calendário 1991, lançado de ofício e pago nos autos do processo administrativo n.10580.006731/94-83, configura indébito passível de restituição, desde que reste comprovado o pagamento via DARF e que não transcorreu o prazo decadencial para pleitear o indébito.

Afasta-se qualquer pecha de decadência, uma vez que o pedido de restituição foi protocolado em 08/12/1999 e o lançamento de ofício se deu em 1994.

Para fins de reconhecimento do direito creditório, faz-se mister, por fim, a comprovação do pagamento a título de ILL lançado de ofício nos autos do citado processo (n.10580.006731/94-83). Em relação à comprovação do pagamento, constato a existência de DARF de pagamento no valor original de R\$ 1.415.225,41 (fl. 821):

 MINISTÉRIO DA ECONOMIA FAZENDA E PLANEJAMENTO Documento de Arrecadação de Receitas Federais DARF		01 CARIMBO DO COC 15102293/0001-82 CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A. ALAMEDA DAS ESPATÓDIAS, 915 025. COBRECHT CAMINHO DAS ARVORÉAS - FLORESTA CEP 41.807 SALVADOR - BA.	02 DATA DE EMISSÃO 30.04.92						
11 RESERVADO		03 Nº CPF OU CCPC 15.102.288/0001-82	04 CÓDIGO DA RECEITA 4424						
		05 Nº DA REFERÊNCIA	06 Nº DO PROCESSO 10580-0006731/94-83						
12 NOME CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A.	13 TELEFONE 350-1500	07 VALOR DA RECEITA 469.114,20	08 VALOR DA MULTA 599.904,28						
14 VALOR ORIGINAL DO IMPOSTO E OUTRAS INFORMAÇÕES PREVISAS EM INSTRUÇÕES <table border="1"> <tr> <td>ILL</td> <td>VALOR EM ÚTILIDADE</td> </tr> <tr> <td>ORIGINAL</td> <td>708.845,87</td> </tr> <tr> <td>JUROS</td> <td>523.129,24</td> </tr> <tr> <td>MULTA</td> <td>906.473,68</td> </tr> </table>	ILL	VALOR EM ÚTILIDADE	ORIGINAL	708.845,87	JUROS	523.129,24	MULTA	906.473,68	09 VALOR DOS JUROS E MULTAS (CAMPO 08-102568) 346.706,93
ILL	VALOR EM ÚTILIDADE								
ORIGINAL	708.845,87								
JUROS	523.129,24								
MULTA	906.473,68								
	10 VALOR TOTAL 1-415.225,41	15 AUTENTICAÇÃO MECÂNICA (COMENTAR NAS 1ª E 2ª VIAS) 0001 151294 00*****1.415.225,41R069							

O pagamento indevido a título de ILL nos autos do processo 10580.006731/94-83 foi de R\$ 1.415.225,41, enquanto que o crédito pleiteado constante do pedido de restituição foi no valor de R\$ 2.266.914,64. A diferença se deve à atualização monetária do pagamento, nos termos do art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95.

Portanto, voto por acolher os embargos da Procuradoria, sem efeitos infringentes, no sentido de suprir a fundamentação do acórdão embargado e, reconhecer o direito do contribuinte à repetição do indébito a título de ILL referente ao ano-calendário 1991, no valor de R\$ 1.415.225,41, acrescidos de juros moratórios, nos termos da lei.

Dos Embargos do Contribuinte

O contribuinte aponta omissão no acórdão embargado, uma vez que reconheceu o direito creditório no valor do principal pago via DARF, mas não fez referência à atualização dos valores. Reproduz-se trecho dos embargos:

Veja-se que o valor total do crédito pleiteado é de R\$ 2.266.941,64, sendo que, desse total R\$ 1.415.225,41 são principal, e R\$ 851.716,23 referem-se à atualização monetária incidente sobre o indébito, calculada até a data do pedido de restituição.

Por outro lado, consta do v. acórdão embargado que o crédito reconhecido foi de R\$ 1.415.225,41, o que correspondente apenas ao valor do principal.

Diante disso, apenas para que não reste qualquer dúvida acerca do direito à atualização, requer-se que esta C. Corte se pronuncie sobre o direito à incidência dos juros sobre o indébito em questão.

Assiste razão o Embargante. Uma vez reconhecido o crédito tributário, faz necessário que se reconheça a incidência dos juros moratórios no pagamento indevido tanto para fins de restituição, quanto para fins de compensação, nos termos do art. 39, § 4º da Lei n. 9.250/95:

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei n.º 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei n.º 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

§ 4. A partir de 1. de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Sendo assim, acolho dos embargos de declaração do contribuinte para suprir a omissão e determinar que o crédito tributário reconhecido seja atualizado, a partir da data do pagamento indevido até a sua efetiva compensação, nos termos da lei.

Conclusão

Por tudo o exposto, voto por acolher os embargos do contribuinte e da Procuradoria, sem efeitos infringentes, para suprir as omissões, e ratificar o reconhecimento do direito creditório no valor de R\$ 1.415.225,41, o qual deverá ser acrescido de juros moratórios, e por homologar as compensações até o limite do crédito reconhecido.

(documento assinado digitalmente)

Giovana Pereira de Paiva Leite