



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

**Processo n°** 10166.007099/2001-21  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 1302-002.020 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 25 de janeiro de 2017  
**Matéria** Restituição de ILL  
**Recorrente** BRASAL CAMINHÕES LTDA.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO DE ILL. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. IMPOSTO SOBRE LUCRO LÍQUIDO. FATO GERADOR DO IMPOSTO. DISPONIBILIDADE DOS LUCROS.

Nos pedidos de restituição de tributos sujeitos a homologação anteriores ao advento da Lei Complementar n. 118/2005, o prazo é de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 150 do CTN, acrescidos ao prazo de mais 5 anos, contados da homologação do lançamento. Ano-calendário: 1989, 1990, 1991, 1992

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário para afastar a ocorrência de prescrição do prazo para solicitar a restituição do crédito pleiteado e determinar o retorno à DRJ-Brasília para continuar o exame de mérito do crédito alegado.

*(documento assinado digitalmente)*

LUIZ TADEU MATOSINHO MACHADO - Presidente.

*(documento assinado digitalmente)*

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto Souza Júnior, Marcos Antonio Nepomuceno Feitosa, Rogério Aparecido Gil, Julio Lima Souza Martins (Suplente Convocado), Talita Pimenta Félix e Luiz Tadeu Matosinho Machado (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela contribuinte face ao Acórdão nº 03-051.483 da 4ª Turma da DRJ de Brasília, cuja ementa assim dispõe:

*Assunto: Normas de Administração Tributária*

*Ano-calendário: 1990, 1991, 1992 e 1993*

**DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA.**

*Extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, o direito de pleitear a restituição.*

**RESTITUIÇÃO - PAGAMENTO INDEVIDO DE ILL -IMPOSSIBILIDADE - OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO.**

*Comprovado no contrato social da manifestante a distribuição aos sócios dos lucros apurados em 31 de dezembro de cada ano, evidenciando a ocorrência do fato gerador do imposto fixado no art. 43 do CTN, é de se indeferir o pedido de restituição de suposto crédito relativo a recolhimento indevido de ILL.*

**COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO DO SUJEITO PASSIVO.**

*A compensação de créditos tributários (débitos do contribuinte) só pode ser efetuada com crédito líquido e certo do sujeito passivo, sendo que a compensação somente pode ser autorizada nas condições e sob as garantias estipuladas em lei.*

**SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.**

*A suspensão da exigibilidade é norma prevista no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. Daí, com a apresentação da manifestação de inconformidade, a suspensão da exigência de créditos tributários é automática, até a decisão final da controvérsia.*

*Manifestação de Inconformidade Improcedente*

*Direito Creditório Não Reconhecido*

Em 18/06/2001, a recorrente ingressou com processo de pedido de restituição (fls. 5/10) na qual sustentou seu direito de restituição de pagamento indevido a título do Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL. Pontua-se:

- Afirma que o requerente é contribuinte do Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, efetuando recolhimento conforme dispõe a Lei 7.713/88. Ocorre que, o art. 35 do referido diploma legal fora declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e em consequência, o Senado Federal suspendeu seus efeitos através da Resolução nº 86/1996;

- Defende que, a declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula nem revoga a lei, nesse meio-tempo, teoricamente, a lei continuaria em vigor, eficaz e aplicável até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade. Desta forma opera com efeitos “*ex tunc*”;

- Considerando a suspensão do artigo 35 da Lei n. 7.713/88, com eficácia “*erga omnes*” e efeitos “*ex tunc*”, o Requerente recalculou os valores devidos pelos períodos de 1989 a 1992;

- Entende que o prazo de prescrição para repetição do indébito tributário começa a fluir a partir da data da Resolução do Senado Federal; e que, o prazo decadencial, estabelecido pelo art. 168, inciso I do CTN seria de 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário;
- Ademais, ressalta que a extinção definitiva do crédito tributário somente ocorre após a Resolução do Senado Federal, e, somente a partir desse momento é que começa a correr prazo previsto no CTN (art. 168);
- Menciona entendimento da COSIT através do Parecer 058/98, consoante ao aduzido pela requerente, no sentido de contar-se o prazo de 5 anos dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para aquele contribuinte que participou da ação, ou da Resolução do Senado Federal para os demais, não se tratando de ADIN;
- Colaciona julgados do Conselho de Contribuintes para reforçar o entendimento de que o prazo decadencial prescricional conta-se a partir da Resolução do Senado Federal. Motivo que enseja o recálculo dos valores devidos a título de pagamento do Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, compreendido entre o período de 1989 a 1992;
- No que tange a correção monetária e expurgos inflacionários, afirma serem cabíveis nos termos da Súmula nº 162 do STF;
- Por fim, requer a procedência do pedido de restituição.

O Despacho Decisório/DRF/BSB/DIORT (fls. 226) indeferiu o Pedido de Restituição (fls. 1/18), julgou improcedentes os Pedidos de Compensação, Homologou por disposição legal os Pedidos de Compensação, convertidos em Declaração de Compensação de fls. 20, 28, 32, 53 e 59, a Declaração de Compensação de fls. 43, e as Declarações de Compensação Eletrônicas de nº 17828.71411.081105.1.7.04-9720, 15207.62449.181105.1.3.04-0142, 28173.33147.071205.1.3.04-1400 e 01816.12201.020106.1.3.04-0171, e, decidiu não homologar as Declarações de Compensação Eletrônicas de nº 30660.56140.240107.1.7.04-7231, 06538.73965.240107.1.7.04-2037, 27133.89361.240107.1.7.04-6601 3 08394.30662.240107.1.7.014-9010. Nesse sentido, transcreve-se as razões:

- Preliminarmente, enfatizou o direito de a contribuinte pedir a restituição e efetuar a compensação, previsto nos arts. 165 e 170 do CTN e no art. 74 da Lei nº 9.430/1996, que faculta ao sujeito passivo o direito de utilizar o crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela RFB na compensação de débitos próprios;
- Menciona que a Instrução Normativa SRF nº 63, de 24 de julho de 1997 dispõe que fica vedada a constituição de créditos da Fazenda Nacional, relativamente ao imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, aplicando-se às demais sociedades nos casos em que o contrato social, na data do encerramento do período base de apuração, não previa a disponibilidade econômica ou jurídica imediata ao sócio cotista do lucro líquido;
- Aponta que, o sujeito passivo protocolou em 29/05/2001 o pedido de restituição de supostos pagamentos indevidos referentes ao imposto de renda na fonte incidente sobre o lucro líquido, efetuados nos anos-calendários de 1990 a 1993, Entretanto, o Ato Declaratório SRF nº 096/1999 determina que o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, ou seja, da data do pagamento;
- Adentra no mérito do pedido, ressaltando que a exigência do imposto fica adstrita à análise do contrato social da empresa vigente na data do encerramento do período de apuração a que se refere o pagamento realizado. Desta forma, concluiu-se que o contrato social da empresa vigente em 31/12/1989, 31/12/1990, 31/12/1991 e 31/12/1992 previa a imediata disponibilidade jurídica, pelos sócios cotistas, do lucro apurado em 31 de dezembro de cada

ano, evidenciando a ocorrência do fato gerador do imposto fixado no art. 43 do CTN. Fato motivador do indeferimento do pedido de restituição;

- Quanto aos pedidos de compensação, a Lei n. 10.637/2002, art. 49, alterou o art. 74 da Lei n. 9.430/1996, prevendo a conversão dos pedidos de compensação pendentes de apreciação pela autoridade administrativa em declaração de compensação, desde o seu protocolo, sendo os débitos neles declarados extintos sob condição resolutória de sua posterior homologação;

- Desta forma, em 01/10/2002, data em que o art. 49 da Lei n. 10.637/2002 passou a produzir efeitos, os pedidos de compensação de fls. 20, 24, 28, 32, 36, 39, 53 e 59 encontravam-se pendentes de decisão administrativa. Assim, destes, os pedidos de fls. 20, 28, 32, 36, 53 e 59 forma convertidos em DCOMP, homologadas por transcurso do prazo de 5 anos que a fazenda possui para apreciação das mesmas, contado da entrega da declaração de compensação, que, no caso, corresponde à data do protocolo dos respectivos pedidos de compensação, ao longo dos anos de 2001 e 2002;

- Já os pedidos de compensação de fls. 24 e 39 foram protocolados pela empresa Administradora Brasal LTDA, e não pela Brasal Caminhões LTDA, solicitando compensação de débitos da Administradora com suposto crédito solicitado pela Brasal Caminhões no pedido de restituição, ou seja, com crédito de terceiro. Ocorre que, o art. 74 da Lei n.9.430/1996, ao instituir a declaração de compensação, expressamente previu que a mesma só poderia ser prestada pelo próprio detentor do crédito contra o Fisco, ou seja, para que a declaração de compensação extinga o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação, mister se faz que o contribuinte utilize-se de créditos próprios. Logo, se não existe declaração de compensação com crédito de terceiros, por óbvio, os pedidos de compensação com crédito que não pertençam ao próprio contribuinte, mesmo que pendentes de análise por parte da RFB, não podem trasmudar-se naquela. E, portanto, concluiu-se que os pedidos de compensação de fls. 24 e 39 não foram convertidos em DCOMP e não se sujeitam ao disposto no art. 74 da Lei n. 9.430/1996. Com isso, estes pedidos não são atingidos pela homologação por disposição legal e não constituem confissão de dívida;

- Os débitos informados no pedido de compensação de fls. 39 já se encontravam extintos, por compensação no processo de nº 10166.007097/2001-31, conforme evidenciado às fls. 215 e 216. Já os débitos informados no pedido de compensação de fl. 24 foram declarados em DCTF (fls. 217 e 219), porém já foram atingidos pela prescrição. Logo, concluiu-se que, apesar de os pedidos serem improcedentes, não caberia cobrança dos débitos neles informados;

- Quanto ao pedido de compensação de fls. 43, trata-se, na realidade, de uma declaração de compensação, visto que foi protocolado em 14/11/2002, ou seja, após 01/10/2002 (data em que o art.49 da Lei n. 10.637/2002 passou a produzir efeitos). Considerando que não existia à época previsão de não declaração de DCOMP em que o crédito seja de terceiros, concluiu-se que a DCOMP de fls. 43 foi homologada por disposição legal;

- Por fim, da análise das DCOMP eletrônicas de fls. 126 a 214, o pedido de restituição tendo sido indeferido, as referidas DCOMP devem ser consideradas não homologadas por inexistência de crédito;

- Porém, por força do § 5º do art. 74 da Lei n. 9.430/1996, as DCOMP de nº 17828.71411.081105.1.7.04-9720, 15207.62449.181105.1.3.04-0142, 28173.33147.071205.1.3.04-1400 e 01816.12201.020206.1.3.04-0171, transmitidas respectivamente em 08/11/2005, 18/11/2005, 07/12/2005 e 02/02/2006, foram homologadas por transcurso do prazo de 5 anos que a fazenda possui para apreciação das mesmas, contado da entrega da declaração de compensação;

Irresignada com o teor do decisório que concluiu pela inexistência do crédito correspondente ao ILL e pela homologação parcial dos créditos levados a compensação, a recorrente apresentou em 18/01/2012 sua Manifestação de Inconformidade (fls. 244/258) nos seguintes termos:

- 
- Na identificação da autoria da manifestação, informa que a BRASAL CAMINHÕES LTDA fora incorporada pela empresa POSTO BRASAL LTDA. (atualmente denominada BRASAL COMBUSTÍVEIS LTDA.);
  - Trata o presente processo de Pedido de Restituição interposto pela recorrente para o fim de compensar as parcelas indevidamente pagas a título de Imposto de Renda retido na fonte sobre o lucro líquido - ILL, instituído pela Lei nº 7.713/88 em relação aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 1989 a 1992.
  - No concernente a incorrência da decadência e prescrição, alega que já se tem entendimento pacificado tanto na esfera administrativa, como na judicial, sendo o termo inicial da sua contagem a Resolução do Senado Federal ou ato administrativo que suspender a cobrança, quando houver;
  - Menciona que o Parecer da COSIT 58/98, consolidou entendimento ao definir que o prazo de 5 anos se faria dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para aquele contribuinte que participou da ação ou da Resolução do Senado Federal para os demais, ou ainda, a partir da declaração de inconstitucionalidade, desde que pelo controle direto (ADIN);
  - Portanto, adicionada a data em que ocorreu a publicação da Resolução do Senado, o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 168 do CTN, teria como termo final para os pleitos de restituição data de 19/11/2001. Ocorre que o pedido de restituição foi protocolizado em 18/06/2001, portanto dentro do lapso prescricional/decadencial de 5 anos.
  - Informa que, a recorrente optou por aguardar a definição pelo STF, para somente depois, sendo o caso, no prazo hábil, pedir a restituição, até que houvesse a definição pelo Poder Judiciário;
  - Transcreve decisões judiciais que reforçam o entendimento defendido, bem como julgados do Conselho de Contribuintes;
  - Aduz pela impossibilidade de se falar em distribuição dos lucros nos períodos pleiteados no Pedido de Restituição, uma vez demonstrado que não houve tal distribuição;
  - Das compensações formalizadas pelo contribuinte-RECORRENTE as fls. 20; 24; 28; 32; 36; 43; 53; 59 e as PER/DCOMPs transmitidas sob Nsº 17828.71411.081105.1.7.04-9720; 15270.62449.181105.1.3.04-0142; 281736.33147.071205.1.3.04-1400 e 01816.12201.020206.1.3.0171, porque protocoladas ou enviadas antes de dezembro de 2006 foram consideradas HOMOLOGADAS com base no disposto no § 5o, do artigo 74, da Lei 9.430/96. Contudo, e em decorrência da conclusão contida no despacho recorrido, relacionada a ausência de crédito a restituir, não foram homologadas as compensações formalizadas por meio das PER/DCOMPs N°s 30660.56140.240107.1.7.04-7231; 06538.73965.240107.1.7.04-2037; 27133.89361.240107.1.7.04-6601 e 08396.30662.240107.1.7.04-9010.
  - Desta forma, entende que, superada a questão relacionada ao reconhecimento do direito de crédito da RECORRENTE decorre o seu direito a compensação, já que formalizada, à época, de conformidade com a legislação vigente, qual seja, art. 74 da Lei n. 9.430/1996;
  - Assim, as compensações efetuadas obedeceram às legislações reguladoras do procedimento administrativo fiscal à época dos fatos, inclusive, aquelas editadas pela própria SRF, especialmente a IN nº 210/2012;
  - No que tange a correção monetária entende que, os valores a serem restituídos à RECORRENTE deveriam ser atualizados monetariamente, já que, na medida em que foi recolhido aos cofres públicos um valor que não era devido, imperioso que a restituição desse montante se dê com a incidência da atualização monetária correspondente, sob pena de incorrer a Administração em locupletamento ilícito, ofendendo ao princípio da moralidade administrativa (art. 37 da CF) e ao princípio da supremacia do interesse público;

- Ao final, aduziu que resta claro o direito da recorrente e, por consequência, de sua incorporadora de ver reconhecido a integralidade do seu crédito acrescido de correção monetária e expurgos inflacionários, a contar de 1992 e a taxa SELIC a contar de 1996;

- Requereu o acolhimento da Manifestação de inconformidade, o integral acolhimento do Pedido de Restituição, que tramita sob o nº 10166.007099/2001-21 a fim de possibilitar ao final o reconhecimento do seu direito de repetir a integralidade dos valores pagos indevidamente a título de ILL corrigido monetariamente por índices que reflitam a real variação inflacionária do período, e ainda; a homologação na integralidade todas as Declarações de Compensações e DCOMPs efetivadas pela RECORRENTE ou por sua empresa incorporadora, no curso do presente processo administrativo e que se valeram dos créditos constantes do referido Pedido de Restituição, a suspensão da exigibilidade dos débitos compensados com os créditos oriundos deste processo enquanto pendente de julgamento a presente manifestação, e, por fim, que sejam obstados eventuais atos de cobrança ou atos constritivos de direito, inclusive inscrição em Dívida Ativa e expedição de Certidão Conjunta Negativa de Débito relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União.

Acordaram os julgadores da 4ª Turma da DRJ/BSB, em 28 de março de 2013º, Acórdão nº 03-051.483 (fls.314/320), pelo indeferimento do pedido da recorrente, nos seguintes termos:

- O direito de pleitear a restituição, nos termos do art. 168-I do CTN, extingue-se em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Em 2005 teve vigência a Lei Complementar 118 que determinou, para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o parágrafo 1º do art. 150 da referida Lei 5.172/1996 - CTN. Por isso, mantem-se o decidido no Despacho Decisório, por força do art. 168 do CTN, inciso I e artigos 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005;

RESTITUIÇÃO - PAGAMENTO INDEVIDO DE ILL - IMPOSSIBILIDADE - OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO IMPOSTO.

- Outra razão que resultou em indeferimento do pedido de restituição do crédito reclamado, em consequência, a não homologação das declarações de compensação, se deve ao fato de constar no contrato social da empresa vigente em 31/12/1989, 31/12/1990, 31/12/1991 e 1º/12/1992 cláusula que previa a imediata disponibilidade jurídica, pelos sócios cotista do lucro apurado em 31 de dezembro de cada ano, evidenciando a ocorrência do fato gerador do imposto fixado no art. 43 do CTN.

- Tem-se que, acertadamente, conclui a autoridade administrativa: “nesse sentido, descabe no presente caso a aplicação do parágrafo único do art. 1º da IN SRF nº 63/1997, restando devido o crédito tributário correspondente ao ILL com fundamento no art. 35 da Lei nº 7.713/1998.”

- Na manifestação de inconformidade a reclamante aduz que não houve distribuição imediata aos sócios cotistas, do lucro líquido apurado, como reza a IN SRF nº 63, de 1997, mas apenas uma previsão na forma ali determinada, previsão esta contrária à disponibilidade imediata prevista na IN nº 63, de 1997. Assim, em se tratando de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, faz-se necessário analisar o que teria sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal como sendo disponibilidade econômica dos sócios, nas sociedades de quotas por responsabilidade limitada;

- Logo, dentre as três categorias de sujeito passivo apontadas no dispositivo legal, o pleno do STF, no julgamento do aludido RE 172.058/SC, reconheceu a inconstitucionalidade da expressão o acionista, a constitucionalidade da expressão titular de empresa individual e quanto ao sócio quotista, que interessa no presente processo, declarou a constitucionalidade, em interpretação conforme a Constituição, quando o contrato social prevê a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelo sócio, do lucro líquido apurado ao final do período-base;

- Decorrente desta decisão do STF, o Senado Federal suspendeu a execução do art. 35, da Lei 7.713, de 1988, ao editar a Resolução nº 82, de 18/11/1996, apenas no que diz respeito à expressão o acionista, pois, no tocante ao sócio quotista, a interpretação dada conforme a Constituição, sem redução de texto, efetivada pelo STF, leva a análise para o caso concreto, observando-se a especificidade do contrato social de cada sociedade;

- Visando dar efetividade a tais comandos, tendo como suporte de validade o Decreto 2.194, de 07/04/1997, que se fundava no art. 77 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, o Secretário da Receita Federal editou a IN SRF nº 63, de 24/07/1997, com a finalidade de evitar litígios em processos administrativos e judiciais, sobre as matérias tidas por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal;

- Assim, a IN SRF nº 63/97 não pode ser interpretada de forma a que reste ampliada a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF. Nesse sentir, o alcance da norma legal contida no parágrafo único do art. 1º da IN SRF 63/97 - que veda a constituição de crédito tributário relativo ao ILL, quando o contrato social não previa a sua disponibilidade, econômica ou jurídica, imediata ao sócio - deve ser buscado na própria jurisprudência do STF, a qual, desde a apreciação do RE 172.058/SC, é uníssona acerca de tal ponto;

- Ressaltou que, naquele julgamento o Relator, Ministro Marco Aurélio de deixou expresso que somente seria inconstitucional a exigência do tributo quando o Contrato social fosse omissivo sobre a distribuição dos lucros, pois no caso aplicar-se-ia o Código Comercial, e por decorrência a solução adotada para a expressão os acionistas, ou quando o contrato preveja, independentemente da manifestação dos sócios, destinação dos lucros outra que não a sua distribuição;

- Reforçou interpretação do Ministro Celso de Mello, seguindo precedente do Tribunal, quanto ao conceito de disponibilidade jurídica imediata dos rendimentos dos sócios-quotistas, disposto no seu voto, no RE 198.143-1, julgado em 25/03/97;

- Sintetizou que a jurisprudência do STF, sobre o tema, é firme no sentido de que somente será inconstitucional a exigência do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido quando o contrato social for omissivo sobre a distribuição dos lucros, pois no caso aplicar-se-á o Código Comercial, e por decorrência a solução adotada para a expressão os acionistas, ou quando o contrato preveja, destinação dos lucros, independentemente da manifestação dos sócios, outra que não a sua distribuição;

- Contudo, afirmou que, quando o contrato social prevê que a destinação do lucro líquido, depende de disposição dos sócios a respeito, se configura-se ou não a disponibilidade jurídica dos rendimentos, como bem apontou o Ministro Celso de Mello. Sendo este o caso da recorrente, conforme cláusulas do seu contrato social em vigor à época;

- E, nesse sentido é que se deve interpretar o disposto no parágrafo único do art. 1º da IN SRF 63/97, haja vista que essa instrução normativa, como dito alhures, apenas veio dar maior eficácia à decisão do STF, prevenindo litígios, ou seja, não pretendeu, em nenhum momento, dispor contra a decisão da Corte Suprema;

- Logo, sendo constitucional a exigência do ILL devido pela sociedade por quotas de responsabilidade limitada, torna-se indevido, também por esse motivo, o pedido de restituição do recolhimento, em virtude da ausência de indébito, pois se houve a incidência e recolhimento de ILL, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado no encerramento do período-base, em princípio, é porque houve distribuição de lucro;

**COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO DO SUJEITO PASSIVO.**

- No que tange a compensação de créditos tributários, o art. 170 do CTN somente poderá autorizar com crédito líquido e certo do sujeito passivo contra a Fazenda Nacional. Desse

modo, como bem sustenta a autoridade fiscal, no despacho decisório questionado, as compensações de créditos tributários realizadas nos pedidos de compensação, considerados declarações de compensação, por força do § 4º do art. 74 da Lei 9.430, de 1996, não devem ser homologadas, por inexistência do crédito, pleiteado;

- Com efeito, como a atividade fiscal é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional, deve autoridade fiscal competente ou o julgador administrativo cumprir rigorosamente o que tiver sido determinado nos atos legais e normativos vigentes, não lhe sendo permitindo a utilização de discricionariedade;

#### CONSIDERAÇÃO FINAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

- Por fim, em relação à suspensão da exigibilidade, é norma prevista no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional. Assim, a contribuinte ao apresentar a manifestação de inconformidade, a suspensão da exigência de créditos tributários é automática, até a decisão final da controvérsia. Demais disso, não consta nos autos existência de ato administrativo que lhe tenha negado vigência, logo, o pedido perdeu o objeto;

- Finaliza o voto no sentido de julgar improcedente a manifestação de inconformidade formulada, para manter o Despacho Decisório que indeferiu o Pedido de Restituição e não homologou as Declarações de Compensação de final 7231, 2037, 6601 e 9010 (fl. 235).

O recebimento do AR está datado de 31.10.2013 (fl. 324/325). Todavia, o recurso voluntário (Fls. 326/347) apresenta duas datas de recebimento, o PROTOCOLO/SAMF/SPOA/SE/MF em 29/11/2013, e o recebimento pela AFRFB, Maria Carmem de Castro, Chefe DIORT/DRF/Brasília em 02/12/2013.

Das razões do recurso voluntário, a recorrente trouxe, basicamente, os mesmos argumentos elucidados na Manifestação de Inconformidade, com acréscimos de alguns pontos os quais transcreve-se a seguir:

- Na identificação da autoria da manifestação, informa que a BRASAL CAMINHÕES LTDA fora incorporada pela empresa POSTO BRASAL LTDA. (atualmente denominada BRASAL COMBUSTÍVEIS LTDA.);

- Trata o presente processo de Pedido de Restituição interposto pela RECORRENTE para o fim de compensar as parcelas indevidamente pagas a título de Imposto de Renda retido na fonte sobre o lucro líquido - ILL, instituído pela Lei nº 7.713/88 em relação aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 1989 a 1992.

- No concernente a inoccorrência da decadência e prescrição, alega que já se tem entendimento pacificado tanto na esfera administrativa, como na judicial, sendo o termo inicial da sua contagem a Resolução do Senado Federal ou ato administrativo que suspender a cobrança, quando houver;

- Menciona que o Parecer da COSIT 58/98, consolidou entendimento ao definir que o prazo de 5 anos se faria dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para aquele contribuinte que participou da ação ou da Resolução do Senado Federal para os demais, ou ainda, a partir da declaração de inconstitucionalidade, desde que pelo controle direto (ADIN);

- Portanto, adicionada a data em que ocorreu a publicação da Resolução do Senado, o prazo de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 168 do CTN, teria como termo final para os pleitos de restituição data de 19/11/2001. Ocorre que o pedido de restituição foi protocolizado em 18/06/2001, portanto dentro do lapso prescricional/decadencial de 5 anos.

- Informa que, a recorrente optou por aguardar a definição pelo STF, para somente depois, sendo o caso, no prazo hábil, pedir a restituição, até que houvesse a definição pelo Poder Judiciário;

- 
- Transcreve decisões judiciais que reforçam o entendimento defendido, bem como julgados do Conselho de Contribuintes;
  - Aduz que, apesar da RECORRENTE, apresentar em seus argumentos, nova motivação para inibir direito de restituição do contribuinte, qual seja a Lei Complementar nº 118, claro está que tal pretensão não pode atingir as demandas distribuídas antes da vigência da referida norma, haja vista a expressa previsão contida no seu artigo 4º que determina que ela deve vigorar somente a partir de 9 de junho de 2005, ou seja, 120 dias após sua publicação;
  - Logo, a pretendida imposição da Lei Complementar, no caso em tela, que foi formalizado em Junho de 2001. é visivelmente inconstitucional. Isto porque, a RECORRENTE aproveita-se de uma "interpretação" maliciosa da lei para tentar afastar um direito já constituído em favor da RECORRENTE;
  - Salaria que, mesmo que seja definida, por imposição do art. 3º da nova LC nº 118, que o prazo para pleitear a reposição dos valores é de cinco anos contados a partir do pagamento indevido, tal alteração é capaz de produzir efeitos "ex nunc" e não "ex tunc" como quer o art. 4º da referida lei, que, de maneira flagrantemente inconstitucional, procura atribuir efeitos meramente interpretativos à referida norma.
  - Pontua que, indeferimento do Pedido de Restituição formalizado pelo contribuinte, ora RECORRENTE, se baseou também no equivocado entendimento da autoridade recorrida no que tange a forma de distribuição dos lucros apurados no exercício. Segundo o despacho recorrido o contrato social da RECORRENTE estaria em desacordo com o parágrafo único, do art.10 da IN/SRF 63, de 24/07/97;
  - Entretanto, na leitura do contrato social e suas alterações posteriores, não havia **qualquer menção da disponibilidade imediata do lucro líquido apurado** e distribuído aos sócios, mas sim apenas uma previsão de que os lucros e prejuízos poderiam ser distribuídos na forma ali determinada, previsão esta contrária a disponibilidade imediata prevista na Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997;
  - Todavia, a principal questão desse tema não deve prender-se ao fato de haver ou não menção da disponibilidade do lucro líquido apurado e distribuído aos sócios, mas sim se houve ou não a efetiva distribuição imediata de tais valores;
  - Ocorre, que a própria Instrução Normativa nº 63, de 24 de julho de 1997, exigia a disponibilidade "imediate ao sócio cotista, do lucro líquido apurado", fato não ocorrido em relação aos créditos aqui reclamados, do que decorre o direito do contribuinte de requerer a restituição do imposto pago, com base no art. 35 da Lei nº 7.713/88, declarado inconstitucional;
  - Aduz pela impossibilidade de se falar em distribuição dos lucros nos períodos pleiteados no Pedido de Restituição, uma vez demonstrado que não houve tal distribuição;
  - Das compensações formalizadas pelo contribuinte-RECORRENTE as fls. 20; 24; 28; 32; 36; 43; 53; 59 e as PER/DCOMPs transmitidas sob Nsº 17828.71411.081105.1.7.04-9720; 15270.62449.181105.1.3.04-0142; 281736.33147.071205.1.3.04-1400 e 01816.12201.020206.1.3.0171, porque protocoladas ou enviadas antes de dezembro de 2006 foram consideradas HOMOLOGADAS com base no disposto no § 5º, do artigo 74, da Lei 9.430/96. Contudo, e em decorrência da conclusão contida no despacho recorrido, relacionada a ausência de crédito a restituir, não foram homologadas as compensações formalizadas por meio das PER/DCOMPs Nsº 30660.56140.240107.1.7.04-7231; 06538.73965.240107.1.7.04-2037; 27133.89361.240107.1.7.04-6601 e 08396.30662.240107.1.7.04-9010.

- Desta forma, entende que, superada a questão relacionada ao reconhecimento do direito de crédito da RECORRENTE decorre o seu direito a compensação, já que formalizada, à época, de conformidade com a legislação vigente, qual seja, art. 74 da Lei n. 9.430/1996;

- Das compensações formalizadas pelo contribuinte-RECORRENTE as fls. 20; 24; 28; 32; 36; 43; 53; 59 e as PER/DCOMPs transmitidas sob Ns° 17828.71411.081105.1.7.04-9720; 15270.62449.181105.1.3.04-0142; 281736.33147.071205.1.3.04-1400 e 01816.12201.020206.1.3.0171, porque protocoladas ou enviadas antes de dezembro de 2006 foram consideradas HOMOLOGADAS com base no disposto no § 5o, do artigo 74, da Lei 9.430/96. Contudo, e em decorrência da conclusão contida no despacho recorrido, relacionada a ausência de crédito a restituir, não foram homologadas as compensações formalizadas por meio das PER/DCOMPs N°s 30660.56140.240107.1.7.04-7231; 06538.73965.240107.1.7.04-2037; 27133.89361.240107.1.7.04-6601 e 08396.30662.240107.1.7.04-9010.

- Desta forma, entende que, superada a questão relacionada ao reconhecimento do direito de crédito da RECORRENTE decorre o seu direito a compensação, já que formalizada, à época, de conformidade com a legislação vigente, qual seja, art. 74 da Lei n. 9.430/1996;

- Assim, as compensações efetuadas obedeceram às legislações reguladoras do procedimento administrativo fiscal à época dos fatos, inclusive, aquelas editadas pela própria SRF, especialmente a IN n° 210/2012;

- No que tange a correção monetária entende que, os valores a serem restituídos à RECORRENTE deveriam ser atualizados monetariamente, já que, na medida em que foi recolhido aos cofres públicos um valor que não era devido, imperioso que a restituição desse montante se dê com a incidência da atualização monetária correspondente, sob pena de incorrer a Administração em locupletamento ilícito, ofendendo ao princípio da moralidade administrativa (art. 37 da CF) e ao princípio da supremacia do interesse público;

- Ao final requereu acolhimento, provimento e deferimento do Recurso Voluntário, determinando-se a reforma integral do Acórdão ora combatido, DJ/BSB 03-051.483, proferido pela 4ª Turma de Julgamento, reconhecendo assim seu direito a integral restituição dos recolhimentos indevidos/ou a maior que o devido a título de Imposto sobre o Lucro Líquido – ILL, corrigidos monetariamente pelos índices que refletiram a real variação inflacionária do período; homologando-se, ainda, as compensações realizadas pela Recorrente valendo-se dos créditos constantes do referido Pedido de Restituição; Além disso, que sejam obstados eventuais atos de cobrança ou atos constritivos de direito, inclusive no que diz respeito a inscrição em Dívida Ativa da União, e expedição de Certidão Conjunta Positiva com efeito de Negativa de Débitos Relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro ROGÉRIO APARECIDO GIL

Na forma acima, cumpre destacar que o recebimento do AR está datado de 31.10.2013 (fl. 324/325), todavia, o recurso voluntário (Fls. 326/347) apresenta duas datas de recebimento, o PROTOCOLO/SAMF/SPOA/SE/MF em 29/11/2013, e o recebimento pela AFRFB, Maria Carmem de Castro, Chefe DIORT/DRF/Brasília em 02/12/2013. Desta forma, considero 29/11/2013 a data de interposição do recurso. Assim, por estar a recorrente regularmente representada e por considerar tempestivo, conheço do recurso.

Ressalta-se que a questão debatida nos autos gira em torno da inconstitucionalidade do art. 35 da Lei n. 7.713/88, trazendo à discussão os tipos de controle de constitucionalidade adotados pelo sistema jurídico brasileiro, no que tange a tempestividade do

pedido de restituição/compensação de valores pagos indevidamente ou a maior à título de Imposto sobre Lucro Líquido.

Desta forma, faz-se importante destacar o prazo prescricional em sede de controle concentrado, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, o termo *a quo* é a data da publicação do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade e o controle difuso, com efeito *inter partes*, com termo *a quo* sendo a data da publicação da resolução do Senado que suspende, *erga omnes*, o dispositivo declarado inconstitucional *incidenter tantum* pelo STF.

A discussão abrange divergências quanto ao prazo prescricional para o contribuinte exercer seu direito de repetir o indébito, especificamente, no que tange ao termo *a quo* deste prazo.

A DRJ/BSB entende que, o direito de pleitear a restituição, nos termos do art. 168-I do CTN, extingue-se em 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário. E, nesse sentido, com a vigência da Lei Complementar n. 118/2005, passou a se interpretar a extinção do crédito tributário, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento, e manteve o teor do Despacho Decisório.

O recorrente, em seu recurso voluntário, defende que o termo inicial da contagem do prazo prescricional para pleitear o pedido de restituição seria a Resolução do Senado Federal ou ato administrativo que suspender a cobrança, quando houver.

Ocorre que, o tema foi questão de inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais, principalmente com o advento da LC n. 118/2005, acerca da constitucionalidade do disposto na parte final do art. 4º, o qual mencionava termo *a quo* como sendo o pagamento antecipado. Assim sendo, após muitas discussões acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, e ao exame do RE nº 566.621, de relatoria da Min. Ellen Gracie, declarou a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/2005, considerando válida a aplicação do novo prazo prescricional de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Deste modo, restou firmado entendimento de que os recolhimentos efetuados antes da LC nº 118/2005, tem-se o prazo de 10 anos (tese dos 5+5), a contar da ocorrência do fato gerador. Já dos recolhimentos realizados após a vigência da LC nº 118/2005, o prazo seria de 5 anos a contar da data do pagamento indevido.

Vale ressaltar que, conforme dispõe o art. 62 do Regimento Interno do CARF, esta Corte Administrativa deve reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF, bem como aquelas proferidas pelo STJ em sede de Recurso Especial Repetitivo.

Neste mister, pronunciou-se também o CARF com relação ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, insta salientar o que dispõe a súmula CARF 91:

“**Súmula CARF nº 91:** Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.”

Logo, no presente caso, a recorrente protocolizou pedido de restituição/compensação do Imposto Sobre o Lucro Líquido - ILL, em 18/06/2001, relativamente a recolhimentos efetuados nos anos calendário de 1989 a 1992, tendo-se o fato gerador no encerramento dos períodos base, nos termos do artigo 35 da Lei n 7.713/1988.

Desta forma, estariam sob a égide do decurso do prazo decenal os fatos geradores em questão, ocorridos em de 1989 a 1992.

Nesse sentido, considerando-se que a DRJ manteve o entendimento de que teria decaído, em cinco anos, o direito a restituição do ILL, verifica-se, por conseguinte, que não caberia-lhe adentrar no mérito, sendo, assim, nulos os atos praticados a partir de tal conclusão.

Assim, à vista da demonstração de que é tempestivo o referido pedido de restituição, acolho as respectivas alegações preliminares da recorrente e voto no sentido de DAR provimento PARCIAL ao recurso voluntário para afastar a ocorrência de prescrição do prazo para solicitar a restituição do crédito pleiteado e determinar o retorno dos autos à DRJ para que seja apreciado o mérito.

ROGÉRIO APARECIDO GIL - Relator