



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13804.002684/99-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1201-004.805 – 1ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2021
Recorrente FUNDAMBRÁS SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Exercício: 1999

PRINCÍPIO DO EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

Em respeito ao Princípio do Efeito Devolutivo, cabe o retorno dos autos ao órgão julgador de primeira instância (DRJ) para apreciação do mérito trazido pelo sujeito passivo, com o intuito de se evitar supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso voluntário para determinar o retorno dos autos para a autoridade julgadora *a quo* para que esta aprecie o mérito do direito creditório pleiteado, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Neudson Cavalcante Albuquerque - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Efigênio de Freitas Júnior, Gisele Barra Bossa, Wilson Kazumi Nakayama, Jeferson Teodorovicz, Fredy José Gomes de Albuquerque e Neudson Cavalcante Albuquerque (Presidente).

Relatório

Trata-se de retorno dos autos para apreciação das matérias não conhecidas pelo Acórdão nº 1801-00.846, fls. 403-409, da Primeira Turma, Segunda Câmara da Primeira Seção do CARF, que negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente apresentado pelo contribuinte e, após interposição de Recurso Especial do Contribuinte, fls. 419-447, e dirigido à Primeira Turma da CSRF, fls. 565-572, em virtude do Acórdão do CARF que não conheceu do Recurso Voluntário por entender que a pretensão exarada pelo contribuinte apresentava concomitância com discussão judicial do qual o contribuinte era parte.

Para síntese dos fatos, reproduzo o Relatório do Acórdão de segunda instância, por sintetizar bem a demanda:

A Recorrente formalizou em 30.06.1999 e 03.08.1999, respectivamente, o Pedido de Restituição, fl. 01 e os Pedidos de Compensação com débitos de terceiros, fls. 02 e 42, utilizando-se do crédito próprio relativo ao pagamento indevido de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) no valor original de R\$215.332,55 referente a novembro de 1998, fl.23, decorrente de rendimentos de aplicações financeiras, fls. 2022, junto ao Unibanco S/A.

Os pleitos têm como fundamento o Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.0025424 ajuizado pela Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada (ABRAPP) como substituto processual junto à Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal em que foi pedida a não incidência de IRRF incidente sobre os rendimentos de aplicações financeiras, fls. 1819.

Na sentença publicada no Diário da Justiça nº 217, de 12.11.1998, Seção 2, fl. 460, está registrado que o pedido foi julgado improcedente e consequentemente denegada a segurança pleiteada, inclusive cassados os efeitos da liminar. Houve apelação autuada em 18.03.1999 originalmente sob o nº 1999.01.00.0193466 e com nova numeração 00152539797.1999.4.01.0000 ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que se encontra na 8ª Turma aguardando julgamento.

Em conformidade com o Despacho Decisório DEINF/SPO de 10.03.2010, fls. 193204, consta: “Restituição Indeferida. Compensação Indeferida”. Restou ementado Assunto: Restituição IRRF sobre aplicações financeiras.

Ementa: Pedido de Restituição cumulado com Pedido de compensação de crédito com débito de terceiros. A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Cientificada em 07.04.2010, fl. 278, a Recorrente apresentou a manifestação de inconformidade em 07.05.2010, fls. 244257, argumentando em síntese que discorda da conclusão da análise do pedido.

Atinente à ação judicial, discorda do fato de que houve renúncia à instância administrativa, uma vez que

[...] nenhum dos pedidos formulados pela REQUERENTE nos autos do referido mandado de segurança foi no sentido de que lhe fossem restituídos/compensados os valores por ela indevidamente pagos, até porque, como é de conhecimento geral, o mandado de segurança não é a ação própria para que o contribuinte pleiteie a restituição/compensação de tributos [...onde] busca uma declaração judicial quanto à certeza de seu crédito [...].

Em relação à vedação da compensação com utilização de crédito objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado, expõe que este entendimento não pode prevalecer, uma vez que esta restrição contida no art. 170-A do Código Tributário Nacional (Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001) foi instituída depois do ajuizamento da mencionada ação judicial e somente se aplica aos pagamentos indevidos efetuados após 11.01.2001.

Referente à não suspensão da exigibilidade dos débitos constantes nas PER/DComp, explica que não há impedimento expresso na legislação (§ 11 do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 e inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional).

Destaca que [...] à época em que protocolado o pedido, a compensação do crédito de um contribuinte com débito de outro era expressamente autorizada pelo art. 15 da Instrução Normativa nº 21, de 10.03.1997 [...] e assim seu pleito] não pode vir a ser cerceado por nenhum ato normativo posterior, isso porque a ele se aplica a legislação vigente no momento [do] protocolo do pedido de restituição/compensação.

Argumenta que seus pedidos foram alcançados pelo instituto da homologação tácita (§ 5º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996).

Com o objetivo de fundamentar as razões apresentadas na peça de defesa, interpreta a legislação pertinente, indica princípios constitucionais que supostamente foram violados e faz referências a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em seu favor.

Conclui

Por todo o exposto, a REQUERENTE requer a reforma do despacho decisório proferido nos autos do Processo Administrativo nº 13804.002684/9911, para que, ao final, seja deferido o seu pedido de restituição, assim como seja homologada a compensação de crédito seu com débito de terceiro.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Está registrado como resultado do Acórdão da 8ª TURMA/DRJ/SPOI/SP nº 1628.041, de 26.11.2010, fls. 287298: “Manifestação de Inconformidade Improcedente”.

Restou ementado

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano calendário: 1998

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO CUMULADO COM COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS DE TERCEIROS. CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIAS. IDENTIDADE DE OBJETOS DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO MÉRITO.

A Administração Fiscal, tanto a executora como a julgadora, está impedida de apreciar o mérito de direito creditório cuja certeza é buscada em Juízo, por força do princípio da jurisdição una, pelo qual a decisão judicial prevalece sobre decisão administrativa eventualmente tomada sobre a mesma matéria.

Tal princípio, ou, o seu correspondente, da proibição de concomitância de instâncias, não requer identidade exata entre o pedido formulado junto ao Poder Judiciário e aquele posto junto às instâncias administrativas, sendo, também, caso de concomitância, a hipótese de o objeto do processo administrativo ser menor que o objeto do processo judicial, como o que ocorre no presente processo.

HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DAS COMPENSAÇÕES. DECADÊNCIA PARA PROLAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA.

O instituto da homologação tácita, incidente quando transcorrido o prazo decadencial previsto na lei para a prolação da decisão administrativa, inexistente nas hipóteses de matéria sub judice em que a autoridade está obstada de decidir o mérito do pedido, no presente caso, de restituição ou da compensação, e profere, apenas, decisão formal não conhecendo da petição do contribuinte. Sendo a eventual decisão administrativa sobre questão submetida ao Poder Judiciário, desprovida de eficácia, quer se trate de homologação, ou não homologação, expressa, não faz sentido atribuir-se efeito à homologação tácita, esta, sendo substitutiva daquela

RETROATIVIDADE DA LC Nº 104/2004. INOCORRÊNCIA.

O comando legal da LC nº 104/2004, que veda a compensação de tributo antes do trânsito em julgado da decisão judicial, apenas põe em relevo o caráter de certeza necessário ao direito creditório pretendido, nos termos já estabelecidos pelo artigo 170 do CTN, pois que o eventual direito discutido em juízo somente se torna certo após o trânsito em julgado da decisão judicial. Assim, a norma da LC nº 104/2004 tem caráter explicativo de impedimento já existente na ordem legal, não sendo, assim, cabível arguir se o princípio da anterioridade legal, já que o mencionado comando não está introduzindo proibição nova no sistema de restituição e compensação tributária.

Notificada em 05.01.2011, fl. 304, a Recorrente apresentou o recurso voluntário em 04.02.2011, fls. 306319, esclarecendo a peça atende aos pressupostos de

admissibilidade. Discorre sobre o procedimento fiscal contra o qual se insurge. Reitera todos os argumentos apresentados na manifestação de inconformidade.

Conclui

Pelo exposto, requer a Recorrente seja integralmente reformado o v. acórdão recorrido, a fim de que seja deferido o seu pedido de restituição, assim como seja homologada a compensação de seu crédito com débito de terceiro.

Nestes termos,

Pede deferimento.

É o Relatório.

A Primeira Turma da Segunda Câmara, Primeira Seção, votou por não conhecer do Recurso Voluntário (e das suas respectivas matérias prejudiciais), pelos seguintes fundamentos:

A garantia da inafastabilidade da jurisdição prevê que a lei não pode excluir lesão ou ameaça a direito da apreciação da do Poder Judiciário, como também não pode prejudicar a coisa julgada, entendida como a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial decorrente do esgotamento dos recursos eventualmente cabíveis. Nesse sentido, a decisão definitiva exarada em processo administrativo fiscal não tem força de coisa julgada, dada a sua suscetibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. Por esta razão, importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. No caso de o pedido na ação judicial ser equivalente ao pleito contido na Per/DComp pode-se declarar a renúncia às instâncias administrativas, sendo cabível a apreciação do recurso voluntário interposto.

Os presentes autos tratam de Pedido de Restituição, fl 01 e de Pedidos de Compensação com débitos de terceiros, fls. 02 e 42, utilizando-se do crédito próprio relativo ao pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) no valor original de R\$215.332,55 referente a novembro de 1998, fl. 23, decorrente de rendimentos de aplicações financeiras, fls. 2022, junto ao Unibanco S/A.

No Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.0025424 ajuizado pela Associação Brasileira das Entidades de Previdência Privada (ABRAPP) como substituto processual junto à Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal foi pedida que seja afastada a incidência de IRRF sobre os rendimentos auferidos de aplicações financeiras, fls. 1819.

Restou demonstrado que a ação judicial ajuizada tem o mesmo objeto do processo administrativo fiscal, o que importa desistência do recurso voluntário interposto.

Assim, restou ementado:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Exercício: 1999

RENÚNCIA ÀS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS. PEDIDOS EQUIVALENTES. DECLARAÇÃO CABÍVEL.

No caso de o pedido na ação judicial ser equivalente ao pleito contido na Per/DComp pode-se declarar a renúncia às instâncias administrativas, não sendo cabível a apreciação do recurso voluntário interposto.

Irresignado, o contribuinte interpõe Recurso Especial para demonstrar a divergência no entendimento do Acórdão recursal. Nesse contexto, a CSRF manifestou o seguinte entendimento:

É certo que o pedido administrativo objeto deste litígio compreende, além do pedido de restituição, também o pedido de compensação, o qual não podia, à época em que apresentado, se dissociar do pedido de restituição.

Assim, ainda que se considere que o pedido de restituição seria equivalente ao pedido apresentado judicialmente com vistas ao reconhecimento do indébito de IRRF sobre aplicações financeiras – o que se admite para facilitar a discussão –, o pedido de compensação, de toda a sorte, não fora incluído naquela ação judicial.

Sobre o pedido de compensação a partir de decisão judicial, a Lei Complementar nº 104, de 2001, veio expressar a vedação de compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial, nos seguintes termos:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Considerou o legislador ser inviável o “*aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo*” para fins de compensação, antes do trânsito em julgado da decisão que reconhece o crédito tributário.

Ora, essa previsão não se coaduna com o reconhecimento de concomitância em relação ao pedido de compensação administrativa que decorre justamente do “*aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo*”.

Nesse sentido, não se compreende que um pedido administrativo de compensação de determinado indébito supostamente reconhecido por decisão judicial possa, para fins de caracterização de concomitância entre as esferas, ser equiparado ao próprio pedido judicial de reconhecimento do indébito, como é o caso dos autos.

Afastada a preliminar de não conhecimento do recurso voluntário por concomitância com ação judicial, cumprirá ao colegiado *a quo* **analisar as demais alegações do recurso voluntário, antes prejudicadas**, e verificar a efetiva comprovação dos requisitos legais para fins de homologação do pedido de compensação.

Assim, a CSRF introduziu a seguinte ementa:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 1998

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL QUE RECONHECE O CRÉDITO. INEXISTÊNCIA.

Inexiste concomitância entre a ação judicial que reconhece o crédito tributário e o pedido administrativo de compensação, sendo distintos os objetos, não importando em desistência do recurso voluntário interposto.

Diante da determinação da CSRF, o processo administrativo retornou para análise e apreciação desta Turma.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Jeferson Teodorovicz, Relator.

O Recurso Voluntário cumpre os requisitos de admissibilidade, posto que passo a conhecê-lo.

Conforme já observado no Relatório, trata-se de reanálise das pretensões recursais que haviam sido prejudicadas pelo Acórdão recursal original, que decidiu por não conhecer do Recurso.

Assim, superadas as questões preliminares, em virtude do Acórdão da CSRF, impõem-se analisar as circunstâncias trazidas.

Passemos a analisar os pedidos de restituições (fls. 02-03) apresentados pelo contribuinte:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

01. IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE

NOME / RAZÃO SOCIAL, FIRMA OU DENOMINAÇÃO SOCIAL		CQC / CPF	
FUNDAMBRA - SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA		44.748.564/0001-8:	
LOGRADOURO (rua, avenida, praça, etc.)		NÚMERO	COMPLEMENTO (andar, sala, etc.)
PRAÇA DA REPÚBLICA		497	8º ANDAR
BAIRRO OU DISTRITO	CEP	MUNICÍPIO	UF
VILA BUARQUE	01045001	SÃO PAULO	SP
DDD	TELEFONE	CÓDIGO BANCO / AGÊNCIA (em que será creditado)	Nº CONTA-CORRENTE
011	226-8333		
			VALOR DA RESTITUIÇÃO (em reais)
			249.953,63

02. MOTIVO DO PEDIDO

PELA OCASIÃO DO CRÉDITO DAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS, JUNTO AO UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS CNPJ nº 33.700.394/0001-40, FOI RETIDO O IMPOSTO DE RENDA FONTE NO VALOR DE R\$: 215.332,55 - CONFORME ESTATUTO SOCIAL, SENDO UMA SOCIEDADE DE PREVIDÊNCIA SOCIAL PRIVADA, DE CARÁTER NÃO ECONÔMICO E SEM FINS LUCRATIVOS COM PERSONALIDADE JURÍDICA AUTÔNOMA DE DIREITO PRIVADO, ESTA EXIMIDA DA RETENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA FONTE SOBRE RENDIMENTOS DE SUAS APLICAÇÕES FINANCEIRAS.

03. DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DA RESTITUIÇÃO

CONFORME INFORME DE RENDIMENTOS E DEMONSTRATIVO EM ANEXO, O VALOR APLICADO FOI DE R\$: 3.000.000,00 PELO PRAZO DE 360 DIAS A TAXA DE 38,95
RESULTADO DA APLICAÇÃO R\$: 1.168.500,00 IMPOSTO DE RENDA
RETIDO FONTE R\$: 215.332,56
CORREGIDO SELIC 15,66 R\$: 33.721,07
RESTITUIÇÃO R\$: 249.053,63

04. ANEXOS

☒ DARF NO VALOR TOTAL DE R\$ 2.305.359,64
☒ CÓPIA DECLARAÇÃO IRPJ
☒ CÓPIAS DA SENTENÇA E DO INTERIO TEOR DO PROCESSO JUDICIAL
☒ OUTROS (ESPECIFICAR) INFORME RENDIMENTOS - ESTATUTO SOCIAL - CNPJ

05. OUTRAS INFORMAÇÕES

JUNTAMOS MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E OFÍCIO EXPEDIDO PELA MM JUIZA ELIANA CALMON, REMETIDO AO PRESIDENTE DO BANCO CENTRAL, REFERENTE PROCESSOS "A" 1998.01.00.090224-2 DF E ORIG. 1998.34.000.424, ONDE FICOU ASSEGURADO AS SOCIEDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA O DIREITO DO NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE RENDA FONTE SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS.

06. Solicito a restituição da importância acima mencionada, declarando, sob as penas da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 e da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que as informações prestadas neste pedido são a expressão da verdade.

ASSINALE COM UM "X"

☒ procurador

☐ representante legal da empresa

CPF

072748238-68

NOME LEGÍVEL DO SIGNATÁRIO

ANTONIO RODRIGUES CARVATHO

DATA

30.06.99

ASSINATURA

Aprovado pela IN/SRF nº 21/97 FORMOSA S.A. 13 224-8866 C.G.C. 07.532/0001-32 - SP. 11.000

07. REPROVAÇÃO
30 JUN 1999
SIGLA: CARF / DF / SP
CÓDIGO: 13864

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO COM DÉBITO DE TERCEIROS

01 DESTINATÁRIO DO PEDIDO					
UNIDADE DA SRF JURISDICIONANTE DO			☒ CREDOR ☒ DEVEDOR		
02 IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DETENTOR DO CRÉDITO					
NOME / FIRMA, RAZÃO SOCIAL OU DENOMINAÇÃO SOCIAL					CGC / CPF
PUNDAMBRAS- SOCIEDADE DE PREVIDENCIA PRIVADA					44.748.564/0001-82
LOGRADOURO (rua, avenida, praça, etc.)			NÚMERO	COMPLEMENTO (andar, sala, etc.)	
PRAÇA DA REPÚBLICA			497	8º ANDAR	
BAIRRO OU DISTRITO		CEP	MUNICÍPIO	UF	
VILA RUARQUE		01045-910	SÃO PAULO	SP	
DDD	TELEFONE	Nº PROCESSO EM QUE CONSTA O PEDIDO DE RESTITUIÇÃO OU RESSARCIMENTO			VALOR AUTORIZADO PARA COMPENSAÇÃO - R\$
011	226-8333				191.936,72
03 AUTORIZAÇÃO DO CREDOR PARA A COMPENSAÇÃO					
AUTORIZO A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL A UTILIZAR O MONTANTE ACIMA INDICADO PARA COMPENSAÇÃO COM DÉBITO(S) DO CONTRIBUINTE IDENTIFICADO NO QUADRO 04.					
NOME			QUALIFICAÇÃO		
PASCHIATINO MARCOS VETRELLA			CONTADOR		
CPF	LOCAL	DATA	ASSINATURA		
878.489.028-20	SÃO PAULO	30.06.99			
04 IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DEVEDOR					
NOME / FIRMA, RAZÃO SOCIAL OU DENOMINAÇÃO SOCIAL					CGC / CPF
CODEBRÁS LTDA.					46.567.202/0001-10
LOGRADOURO (rua, avenida, praça, etc.)			NÚMERO		
PRAÇA DA REPÚBLICA			497		
COMPLEMENTO (andar, sala, etc.)		BAIRRO OU DISTRITO	CEP		
6º ANDAR		VILA RUARQUE	010-45-910		
MUNICÍPIO	UF	DDD	TELEFONE		
SÃO PAULO	SP	011	226-8333		
05 PEDIDO DE COMPENSAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO DOS DÉBITOS					
SOLICITO A UTILIZAÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO MENCIONADO NO QUADRO 02 PARA QUITAÇÃO DOS DÉBITOS DE MINHA RESPONSABILIDADE A SEGUIR DISCRIMINADOS:					
CÓDIGO TRIB/CONTR	PERÍODO DE APURAÇÃO	VENCIMENTO	VALOR DO IMPOSTO / CONTRIBUIÇÃO	NÚMERO DO PROCESSO	OUTRAS INFORMAÇÕES (*)
2362	30.05.99	30.06.99	191.946,72	(RECOILHIDO EM DARF R\$10,00 DÊZ	
REAIS) VALOR ANTES DA CESSÃO R\$249.053,63 - TRANSFERIDO NESTE PEDI-					
DO R\$191.936,72 - SAÍDO À SER COMPENSADO POSTERIORMENTE R\$157.116,91.					
TRAMA-SE DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO PROTOCOLADO NESTA DATA, REFERENTE					
À IMPOSTO DE RENDA RETIDO FONTE SOBRE APLICAÇÕES FINANCEIRAS.					
(*) Indicar:					
- Código do município produtor, se relativo a IOF - ouro;					
- No caso de ITR: número de referência do lançamento, se relativo ao exercício de 1996 e anteriores e número do imóvel, se relativo ao exercício de 1997 e seguintes.					
- Número de inscrição do débito em Dívida Ativa.					
NOME			QUALIFICAÇÃO		
JOSÉ ANTONIO DE LIMA			CONTADOR		
CPF	LOCAL	DATA	ASSINATURA		
646.416.358-20	SÃO PAULO	30.06.99			
06 RECEPÇÃO					
CARIMBO DE RECEPÇÃO DA UL DO CREDOR			CARIMBO DE RECEPÇÃO DA UL DO DEVEDOR		

Por outro lado, o Despacho Decisório, emitido em 10/03/2010, assim destacou:

O contribuinte acima identificado protocolizou em 30/06/1999 Pedido de restituição cumulado com Pedido de compensação de crédito com débito de terceiros no valor de R\$ 249.953,63 nos termos da IN SRF nº 21/97, com crédito pleiteado oriundo de IRRF sobre aplicações financeiras. O pretendido direito creditório está vinculado a ação judicial sem trânsito em julgado.

Por esse motivo, o Despacho Decisório apresentou o seguinte teor:

 MINISTÉRIO DA FAZENDA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL Delegacia Especial de Instituições Financeiras em São Paulo – Deinf/SPO Divisão de Orientação e Análise Tributária – Diort Rua Avanhandava, 55 - 6º andar - CEP 01306-900 - Tel.: (11) 2112-9210	
PROCESSO nº 13804.002684/99-11	DESPACHO DECISÓRIO em 10/03/2010
INTERESSADO FUNDAMBRAS SOCIEDADE DE PREVIDENCIA PRIVADA.	CNPJ 44.748.564/0001-82
DOMICÍLIO FISCAL AV PAULISTA 2.300 ANDAR 9 CEP 01310-300 SÃO PAULO SP	

Assunto: Restituição IRRF sobre aplicações financeiras.

Ementa: Pedido de Restituição cumulado com Pedido de compensação de crédito com débito de terceiros. A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Restituição indeferida. Compensação indeferida.

Dispositivos legais: Lei nº 5.172/1966, Decreto-lei nº 491, de 1969, art. 1º; Decreto nº 70.235, de 1972, art. 59; Lei nº 8.748, de 1993, arts. 2º e 3º, inciso I, este com a redação determinada pelo art. 28 da Lei nº 10.522, de 2002; Lei nº 9.430, de 1996, art. 74, com a redação determinada pelo art. 49 da Lei nº 10.637, de 2002 e pelo art. 17 da Lei nº 10.833, de 2003; IN 21/97, Instrução Normativa SRF nº 460, de 2004, arts. 48, 69 e 70, IN RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008.

Em síntese, o Despacho Decisório concluiu que:

- A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário;
- É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial;
- Não se aplica o rito do art. 74 da 9.430/96, descabendo assim a suspensão da exigência do crédito tributário quando se tratar de compensação de crédito com débito de terceiros se houver apresentação de inconformidade contra despacho proferido no processo credor.

Quanto ao mérito, o Recorrente, a seu turno, em sua manifestação de inconformidade contra o Despacho Decisório, apresentou os seguintes argumentos:

- o pedido de compensação/restituição foi apresentado em 30.06.1999, antes da LC 104/2001 (e antes da entrada em vigor do art. 170-A do CTN, que veda a compensação de tributos antes da ocorrência do trânsito em julgado daquela decisão judicial que a tiver autorizado. Portanto, o referido artigo não poderia ser aplicado à situação em tela, não podendo ser aplicado para pagamentos indevidos realizados antes de sua vigência, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade (junta ementas jurisprudenciais no mesmo sentido);
- questiona também o entendimento do despacho decisório no sentido de que eventual manifestação de inconformidade não teria o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, já que teria como objeto o pedido de compensação de crédito com débito de terceiro, não se aplicando o rito previsto no art. 74 da Lei 9630/96, entendendo que o parágrafo 11 do mesmo artigo não faz qualquer restrição a aplicação do rito do Decreto 70.235/72, e nos termos do art. 151, III do CTN;
- entendeu também que compensação do crédito de um contribuinte com débito de outro era expressamente autorizada pelo art. 15 da Instrução Normativa nº 21, de 10.03.1997, isso porque, segundo alega o Recorrente, a ele se aplica a legislação vigente no momento da ocorrência dos fatos, que, no caso, foi o protocolo do pedido de restituição/compensação;
- finalmente, alega que o despacho decisório foi proferido extemporaneamente, uma vez que já ocorrida a homologação tácita da compensação, nos termos do art. 74, § 5º da Lei nº 9.430/96, pois transcorridos mais de 5 anos (veja-se que no caso da Requerente já se

passaram mais de 10 anos!) desde sua declaração pelo contribuinte (o pedido de compensação da Recorrente passou a ser considerado declaração de compensação, conforme disposição contida no art. 74, § 5º, da Lei nº 9.430/96).

No Acórdão da DRJ, fls. 347-358, por outro lado, afastaram-se as alegações do Recorrente, pelos seguintes fundamentos:

- a) **Não analisou o mérito relativo à existência do direito creditório declarado**, já que o “(...) interessado consigna, no próprio Pedido de Restituição, que o motivo do pleito, referente a Imposto de Renda Retido na Fonte sobre Aplicações Financeiras, de 1998, residiria no fato de ter obtido, na condição de Sociedade de Previdência Privada, no Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.002542-4, o direito de não recolher o IRRF sobre suas aplicações financeiras”;
- b) Entendeu que não ocorreu decadência ou homologação tácita, pelos seguintes fundamentos: 13. Com respeito à questão da extemporaneidade, por decadência, da decisão prolatada pela autoridade executora, após a ocorrência da *homologação tácita* das compensações pleiteadas, nos termos do artigo 74, parágrafo 5º, da Lei 9.430/96, impende observar que a referida homologação não sucedeu. Isto porque o instituto da *homologação tácita* inexistente nas hipóteses em que a autoridade administrativa está obstada de decidir o mérito do pedido de restituição ou da compensação, como o presente caso.
- c) Entendeu que não prospera a alegação de que a restrição introduzida pela LC 104/2001, vedando a compensação de tributo antes do trânsito em julgado da decisão judicial que a tiver autorizada não se aplicaria ao caso, já que o pedido de restituição foi protocolado em 30/06/99 e, o MS, em 1998, pelo seguinte motivo: “Contudo, não é demais assinalar que o comando legal da LC nº 104/2004, que veda a compensação de tributo antes do trânsito em julgado da decisão judicial, apenas põe em relevo o caráter de *certeza* necessário ao direito creditório envolvido, nos termos já estabelecidos pelo artigo 170 do CTN (...) pois que o eventual direito discutido em juízo somente se torna *certo* após o trânsito em julgado da decisão judicial. Tornado *certo*, poderá o contribuinte utilizá-lo. Assim, a norma da LC nº 104/2004 tem *caráter explicativo* de impedimento já existente na ordem legal, não sendo, desta forma, cabível argüir-se o princípio da anterioridade legal, como faz o interessado, já que o mencionado comando não está introduzindo proibição nova no sistema de restituição e compensação tributária”.
- d) Quanto à alegação de que a compensação de crédito de um contribuinte com débito de outro estaria autorizada pelo art. 15 da IN SRF 21/97, e que o artigo 73, parágrafo 11, da Lei 9430/96, ao tratar da suspensão da exigibilidade do crédito tributário não teria feito restrição para compensação de crédito com débito de terceiros, assim entendeu: “24. Na esteira do anteriormente explanado, verifica-se que essa questão da legitimidade da compensação de crédito com débito de terceiros, bem como a referente à eventual suspensão da exigibilidade do débito pela interposição da manifestação de inconformidade, está esvaziada de conteúdo já que a pretensão do interessado formulada no presente processo não ultrapassou a fase de admissibilidade, tendo sido rejeitada por falta de interesse de agir na esfera administrativa, por renúncia decorrente da interposição de ação judicial. Não tendo sido instaurado, de fato, o processo no que tange ao mérito da restituição cumulada com compensação, a discussão das referidas questões torna-se sem utilidade. 25. Consigne-se, por oportuno, que os débitos declarados para compensação, dos contribuintes COPEBRÁS LTDA (fl. 02), CNPJ 46.567.202/0001-10, e CODEMIN S/A (fl. 42), CNPJ 61.361.291/0001-38, já foram inscritos na Dívida Ativa da União,

respectivamente, em 15/01/2004 (fl. 285) e 14/03/2004 (fl. 286), estando, assim, fora do âmbito de competência da RFB”.

Este entendimento acabou sendo seguido no Acórdão Recursal, que acrescentou, ainda que a título de esclarecimentos, que não havia lastro probatório apto a demonstrar a liquidez e certeza exigida para comprovar o direito creditório pretendido.

Perceba-se, porém, que o Despacho Decisório averiguou a liquidez e certeza alegadas pelo contribuinte, não homologando a Compensação.

Essa questão, naturalmente, foi controvertida pelo Recorrente em sua manifestação de inconformidade.

Porém, o mérito controvertido pela Recorrente na ocasião da manifestação de inconformidade não foi apreciado pelo Acórdão da DRJ, ainda que tenha sido apreciado no Acórdão recursal, a título de esclarecimentos, posto que não conheceu do recurso, considerando a concomitância.

Ademais, o Recurso Voluntário, fl. 366-379 por outro lado, apresenta maior restrição nas alegações apresentadas, centrando-se apenas nos seguintes pontos:

- a) A não ocorrência da concomitância entre as esferas judicial e administrativa, pois a impetração do Mandado de Segurança Coletivo nº 1998.34.00.002542-4 não implica na renúncia, por parte da Recorrente, do pedido de restituição/compensação formulado na esfera administrativa;
- b) A ocorrência da homologação tácita do pedido de restituição/compensação;
- c) A não aplicabilidade da A LC Nº 104/2001 (art.170-A, CTN) ao pedido de restituição/compensação formulado.

Percebe-se que, portanto, o Acórdão da DRJ não analisou o mérito da questão, isto é, a liquidez e certeza do direito creditório pleiteado pelo contribuinte, que foi apreciado e não reconhecido pela autoridade de origem e, por sua vez, expressamente questionado pelo contribuinte por ocasião da manifestação de inconformidade.

Assim, entendo que antes que a presente Turma Recursal se manifeste sobre a existência do direito creditório alegado pelo contribuinte, deve-se, em homenagem ao princípio do efeito devolutivo, retornar os autos do processo para o órgão julgador de primeira instância, evitando assim, supressão de instância na apreciação do direito creditório, salvaguardando a ampla defesa e o contraditório do contribuinte.

Nesse sentido a Câmara Superior de Recursos Fiscais já se manifestou sobre a possibilidade de retorno dos autos à autoridade de origem para apreciação do mérito que eventualmente não tenha sido analisado no momento e na instância adequadas, conforme se observa no Acórdão n. 9303006.756, da Terceira Turma da CSRF:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1990 a 30/09/1995

PRINCÍPIO DO EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

IMPOSSIBILIDADE

Em respeito ao Princípio do Efeito Devolutivo, cabe o retorno dos autos à instância de origem para apreciação do mérito trazido pelo sujeito passivo, com o intuito de se evitar supressão de instância.

Portanto, considerando que a DRJ não considerou o mérito da questão, entendo que os autos do processo devem retornar para apreciação da DRJ, sobretudo para que aquele órgão julgador de primeira instância analise o mérito, isto é, aprecie a existência e suficiência do direito creditório alegado pelo contribuinte, tendo em vista que o mérito foi averiguado pela DRF e foi contraditado na manifestação de inconformidade, sob pena de supressão de instância.

Em outras palavras, deve-se retornar os autos que se aprecie a certeza e liquidez do crédito, assim como sua suficiência, considerando que o motivo pelo qual o mesmo não foi apreciado foi justamente o entendimento de concomitância, que já foi superado.

Conclusão

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso e, no mérito, dou PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para determinar o retorno dos autos do processo à autoridade julgadora *a quo* (DRJ) para que aprecie o mérito do direito creditório pleiteado pelo contribuinte.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Jeferson Teodorovicz