



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.001181/2006-42
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-005.236 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de fevereiro de 2021
Recorrente SANTANDER S.A - CORRETORA DE CAMBIO E TITULOS (NOVA DENOMINAÇÃO DE BANESPA S/A CORRETORA DE CAMBIO E TITULOS)
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Data do fato gerador: 30/04/1992

COMPENSAÇÃO EMBASADA EM PROCESSO JUDICIAL. RECONHECIMENTO CRÉDITO. ESTRITOS TERMOS DA DECISÃO JUDICIAL.

No caso de compensação realizada pelo sujeito passivo com base em decisão exarada em processo judicial, o reconhecimento do direito creditório deve se pautar pelos estritos termos da referida decisão.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Data do fato gerador: 30/04/1992

DECRETO. ILEGALIDADE. JULGADOR ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO.

É vedado ao julgador administrativo de órgão integrante do Poder Executivo deixar de aplicar, sob o fundamento de ilegalidade, as disposições contidas em Decreto editado pelo Presidente da República e plenamente em vigência.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. CARF. RECONHECIMENTO APENAS EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, exceto nas hipótese previstas no atos normativos que regem o contencioso administrativo.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 30/04/1992

RESTITUIÇÃO DECORRENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. *DIES A QUO*. DATA DO PAGAMENTO.

O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se

considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO. PEDIDO FORMULADO ANTES DE 9 DE JUNHO DE 2005. PRESCRIÇÃO. PRAZO DE DEZ ANOS. 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 de prescrição de 10 (dez) anos, contado do fato gerador.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator. Os conselheiros Gustavo Guimarães da Fonseca e Fabiana Okchstein Kelbert votaram pelas conclusões do relator quanto ao conhecimento de matéria em que se alega a inconstitucionalidade de lei.

(documento assinado digitalmente)

Luiz Tadeu Matosinho Machado- Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Relator

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em relação ao Acórdão nº 16-22.387, de 6 de agosto de 2009, por meio do qual a 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo I julgou improcedente a Manifestação de Inconformidade apresentada pela Recorrente acima identificada (fls. 282/290).

O presente processo trata das Declarações de Compensação (DComp) nº 20367.43970.310804.1.3.57-5066, 41175.77221.150904.1.3.57-2258, 19351.05424.061004.1.3.57-4865, 28552.33029.290904.1.3.57-9382, 26408.88621.300904.1.3.57-1865 e 05606.20531.220904.1.3.57-5416, por meio das quais compensou suposto crédito decorrente do processo judicial nº 95.03.099255-9, no montante atualizado à data da primeira compensação de R\$ 3.377.172,50, com débitos de sua responsabilidade (fls. 2/33).

A Recorrente foi intimada, em 07 de fevereiro de 2007 a apresentar diversos documentos relativos ao referido crédito e processo judicial (fl. 39), atendendo na forma dos documentos de fls. 43/133.

Por meio do Despacho Decisório de fls. 149/151, as compensações declaradas nas DComp não foram homologadas, uma vez que se considerou que a decisão judicial exarada nos autos invocados reconheceu à Recorrente apenas o direito de “deduzir a despesa de correção monetária (diferença IPC/BTNF de 1990) na apuração do lucro real de 1991”, mas não estendeu o referido direito à apuração do Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL), “de modo a tornar indevido o pagamento destinado à quitação desse imposto”.

Após a ciência da referida decisão, foi apresentada a Manifestação de Inconformidade de fls. 157/176, na qual a Recorrente alega que:

- (i) propôs a ação judicial autuada sob o nº 92.0061114-1, com o objetivo de “deduzir a parcela da correção monetária (diferença IPC/BTNF) de forma integral e imediata das demonstrações financeiras de 1990, com reflexos no IRPJ/CSLL e ILL”;
- (ii) com o total provimento da demanda, passou a aproveitar-se dos créditos decorrentes de pagamento indevido e/ou a maior a título de ILL;
- (iii) diferentemente do que constante da decisão recorrida, “o Poder Judiciário autorizou que a Requerente deduzisse imediatamente a correção monetária na apuração de suas demonstrações financeiras”;
- (iv) a correção monetária referida na decisão judicial é aquela prevista no art. 3º da Lei nº 8.200, de 1991, e aplicável ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e ILL;
- (v) a decisão judicial afastou as restrições para dedutibilidade da correção monetária em questão no prazo estabelecido no inciso I do dispositivo acima citado, ou seja, no período de 4 (quatro) anos;
- (vi) o IRPJ, a CSLL e o ILL guardam estreita relação de causa e efeito, já que a obrigatoriedade de recolhimento dessas exações estão condicionadas à apuração de lucro, pelo que, ainda, que se entenda que a correção monetária em questão se refere apenas ao IRPJ, deve ser reconhecido o crédito invocado;
- (vii) não existe vedação legal a que a parcela da correção monetária correspondente à diferença entre IPC e BTNF seja deduzida na apuração do lucro líquido, de modo que a restrição contida no art. 41 do Decreto nº 332, de 1991, ofenderia ao princípio da legalidade e implicaria inconstitucional criação indireta de tributo, com ofensa ao conceito de renda previsto no art. 43 do CTN e ao art. 153, inciso III, da Constituição;

- (viii) seria inconstitucional qualquer cobrança de ILL baseada no art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, conforme Resolução n.º 82, de 1996.

Na decisão de primeira instância, rejeitou-se, inicialmente, o argumento de que a inconstitucionalidade do artigo 35 da Lei n.º 7.713, de 1988 e a Resolução n.º 82 do Senado Federal, que afastou a cobrança de crédito fundado naquele dispositivo, acarretaram ser indevido o ILL, de modo a ser reconhecido o direito creditório correspondente ao valor recolhido a tal título. A razão para tanto é o decurso do prazo de cinco anos, contado desde a data da extinção do crédito tributário, por meio do pagamento.

Considerou-se prejudicada a análise da alegação de inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 41 do Decreto n.º 332, de 1991, por ausência de competência do julgador administrativo para tal exame.

Concluiu-se que a decisão proferida no processo judicial n.º 92.0061114-1 não afastou a restrição contida no referido art. 41 do Decreto n.º 332, de 1991, mas apenas aquela constante do art. 3º, inciso I, da Lei n.º 8.200, de 1991, de modo que não é passível de reconhecimento o crédito pleiteado pela Recorrente.

Manteve-se, portanto, o Despacho Decisório da autoridade administrativa, não homologando as compensações realizadas

A referida decisão recebeu a seguinte ementa:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Exercício: 1992

Ementa: ILL. DECISÃO JUDICIAL. DIREITO CREDITÓRIO INEXISTENTE. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO.

É devido e não gera direito creditório, o recolhimento efetuado com observância da legislação vigente à época do recolhimento que não foi objeto de pronunciamento na decisão judicial transitada em julgado. A inexistência de direito creditório impede a homologação das compensações pretendidas pelo contribuinte.

Após a ciência do Acórdão, a Recorrente interpôs o Recurso Voluntário de fls. 295/313, no qual reitera, basicamente, o teor da Manifestação de Inconformidade.

Em 15 de outubro de 2020, os autos foram distribuídos, por sorteio, a este Conselheiro.

É o Relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 1302-005.236 - 1ª Sejul/3ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 16327.001181/2006-42

Voto

Conselheiro Paulo Henrique Silva Figueiredo, Relator.

1 DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O sujeito passivo foi cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, em 26 de agosto de 2009 (fl. 294), tendo apresentado seu Recurso Voluntário, em 23 de setembro do mesmo ano (fl. 295), dentro, portanto, do prazo de 30 (trinta) dias previsto no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, aplicável ao caso por força do art. 74, §§10 e 11, da Lei n.º 9.430, de 27 de março de 1996.

O Recurso é assinado por procuradores, devidamente constituída às fls. 179 a 183.

A matéria objeto do Recurso está contida na competência da 1ª Seção de Julgamento do CARF, conforme Arts. 2º, inciso VII, e 7º, *caput* e §1º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RI/CARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015.

Isto posto, o Recurso é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

2 DOS LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL

Conforme relatado, nas Declarações de Compensação (DComp) sob análise no presente processo, a Recorrente compensou suposto crédito decorrente do processo judicial n.º 95.03.099255-9. Cabe, portanto, em primeiro lugar a análise do conteúdo da decisão proferida naqueles autos, pois parte da controvérsia a ser sanada diz respeito à divergência de entendimento quanto a tal aspecto.

Dos documentos apresentados pela Recorrente em atendimento a intimação da autoridade administrativa, observa-se que, em 5 de junho de 1992, houve o ajuizamento por ela (então denominada BANESPA S.A. CORRETORA DE CÂMBIO E DE TÍTULOS) de Ação Declaratória sob o n.º 92.0061114-1 (fls. 44/69), na qual se pugnava pelo reconhecimento do direito de

efetuar a compensação da parcela de que trata o artigo 3º, da Lei n.º 8200/91, no exercício de 1992, para fins de **Imposto sobre a Renda – lucro real** e seus efeitos, relativamente ao **Imposto de Renda na fonte sobre o lucro líquido – ILL** e **Contribuição Social sobre o Lucro - CSL**

Observe-se que a causa de pedir da Recorrente no referido processo era a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n.º 8.200, de 1991, bem como a ilegalidade e inconstitucionalidade dos arts. 39 e 41 do Decreto n.º 332, de 1991.

Para melhor esclarecimento da questão, transcrevo os referidos dispositivos normativos:

Art. 3º A parcela da correção monetária das demonstrações financeiras, relativa ao período-base de 1990, que corresponder à diferença verificada no ano de 1990 entra a

variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal, terá o seguinte tratamento fiscal:

I - poderá ser deduzida na determinação do lucro real, em quatro períodos-base, a partir de 1993, à razão de vinte e cinco por cento ao ano, quando se tratar de saldo devedor;

Art. 39. Para fins de determinação do lucro real, a parcela dos encargos de depreciação, amortização, exaustão, ou do custo de bem baixado a qualquer título, que corresponder à diferença de correção monetária pelo IPC e pelo BTN Fiscal somente poderá ser deduzida a partir do exercício financeiro de 1994, período-base de 1993.

1º Os valores a que se refere este artigo, computados em conta de resultado anteriormente ao período-base de 1993, deverão ser adicionados ao lucro líquido, para determinação do lucro real.

2º As quantias adicionadas serão controladas na parte B do livro de Apuração do Lucro Real, para exclusão a partir do exercício financeiro de 1994, corrigidas monetariamente com base no INPC.

Art. 41. O resultado da correção monetária de que trata este capítulo não influirá na base de cálculo da contribuição social (Lei nº 7.689/88 e do imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido (Lei nº 7.713/88, art. 35).

§ 1º Caso o resultado seja credor, sua distribuição a sócio ou acionista pessoa física acarretará a cobrança do imposto de renda na fonte, calculado segundo o previsto no art. 25 da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, devendo essa incidência ocorrer, também, na hipótese da redução do capital aumentado com parcela do referido resultado, na proporção do valor da redução.

§ 2º Os valores a que se refere o art. 39, computados em conta de resultado, deverão ser adicionados ao lucro líquido na determinação da base de cálculo da contribuição social (Lei nº 7.689/88) e do imposto sobre o lucro líquido (Lei nº 7.713/88, art. 35).

3º Não será atribuído custo às ações ou quotas recebidas em bonificação pelos acionistas ou sócios em razão da capitalização do saldo credor da correção monetária das contas referidas neste capítulo.

A sentença proferida pelo Magistrado da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo reconheceu a possibilidade de a Recorrente “aproveitar inteira e imediatamente a diferença resultante da correção monetária especial possibilitada pelo artigo 2º da Lei 8200/91, sem as restrições do art. 3º” (fls. 86/87).

A referida decisão foi objeto de Embargos de Declaração opostos pela Recorrente (fls. 89/90), de modo que foi proferida nova sentença acolhendo os referidos Embargos e declarando “em aditamento ao que já ficou decidido na sentença embargada, que a correção monetária deferida é aquela prevista no artigo 3º da Lei 8200/91, e que as restrições afastadas são aquelas estabelecidas pelo inciso I do mesmo dispositivo” (fl. 91).

Houve apelação por parte da Fazenda Nacional (fls. 92/95), a qual recebeu o nº 95.03.099255-9/SP (tal qual constante das DComp ora analisadas) e que foi improvida pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, conforme Acórdão de fls. 105/108.

Conforme Certidão de fl. 113, a referida decisão transitou em julgado em 25 de outubro de 1999.

Do relato acima, constata-se que:

- (i) a decisão judicial se limitou a reconhecer que a parcela da correção monetária correspondente à diferença verificada no ano de 1990 entre a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a variação do BTN Fiscal poderia ser deduzida integralmente no exercício de 1992, sem necessitar obedecer ao constante no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.200, de 1991, que impunha a dedução em quatro períodos base, a partir de 1993;
- (ii) não há qualquer pronunciamento relativo aos arts. 39 e 41 do Decreto nº 332, de 1991, de modo que as disposições ali contidas permanecem aplicáveis à Recorrente, e a decisão não possui efeitos em relação ao ILL e à CSLL;
- (iii) a decisão judicial não ampara a restituição e/ou compensação dos valores pagos a título de ILL e CSLL, calculados pela aplicação da restrição constante no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.200, de 1991.

3 DA COMPENSAÇÃO REALIZADA

O crédito compensado pela Recorrente nas DComp sob análise se refere ao pagamento realizado a título de ILL em 30 abril de 1992, no montante de Cr\$ 2.026.683.534,34 (fl. 114), atualizado conforme discriminação realizada às fls. 132/134.

Como explicitado no Despacho Decisório emitido pela autoridade administrativa:

4- O interessado, interpretando que a decisão judicial conferiu-lhe o direito de deduzir a despesa de correção monetária (diferença IPC/BTNF de 1990) também da base de cálculo do ILL, procedeu à exclusão do valor Cr\$ 124.753.412.106,00, na apuração do lucro tributável do ano-calendário 1991, conforme cópia apresentada do LALUR. E, na DIRPJ/1992, Anexo 4, Quadro 04, o interessado, mediante exclusão da aludida despesa de correção monetária, apurou base de cálculo negativa do ILL (fls. 142). Desta forma, o interessado passou a considerar indevido o pagamento realizado para quitação da primeira quota do ILL, em 30.04.1992, no valor de Cr\$ 2.026.683.534,34. Posteriormente, prestes a completar cinco anos do trânsito em julgado da decisão judicial, o interessado deu início à utilização de seu pretensão direito creditório na compensação de débitos próprios por meio das DCOMPs tratadas neste processo e formalizadas na forma prevista na IN SRF nº 210/02 (e alterações).

Conforme esclarecido no tópico anterior, porém, a decisão judicial invocada pela Recorrente não possuiu qualquer efeito em relação ao ILL, de modo que válidas as disposições contidas nos arts. 39 e 41 do Decreto nº 332, de 1991, e improcedentes o crédito pleiteado e a compensação realizada.

Resta examinar, apenas, se as demais alegações apresentadas pela Recorrente afastam a conclusão acima.

4 DAS DEMAIS ALEGAÇÕES

Todas as demais alegações contidas no Recurso Voluntário se destinam a atacar a exigência do ILL e os arts. 39 e 41 do Decreto nº 332, de 1991.

A alegação de ilegalidade dos dispositivos do referido Decreto é, prontamente, afastada pela impossibilidade de o julgador administrativo, integrante de órgão inserido na estrutura do Poder Executivo, deixar de seguir os instrumentos normativos editados pelo Chefe deste Poder e que estejam em plena vigência. Apenas o Poder Judiciário é competente para o afastamento dos referidos atos, em decorrência de ilegalidade.

Neste sentido:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 31/01/2010 a 31/12/2010

APRECIÇÃO DO ARGUMENTO DA DEFESA. OMISSÃO DA INSTÂNCIA RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DE NORMA POR ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

O julgador administrativo deve apreciar todos os fatos trazidos na impugnação, mas não poderá decidir sobre aqueles que a norma o obriga a se abster. A instância recorrida está vinculada aos atos administrativos expedidos pela Receita Federal. É vedado ao julgador da primeira instância administrativa o afastamento de norma hígida sob a alegação de ilegalidade. Não há omissão do acórdão a quo e nem nulidade da decisão quando o julgador não decide sobre a ilegalidade de decretos.

LEGALIDADE DE DECRETO. CARF. COMPETÊNCIA.

Os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, veracidade e legalidade. O afastamento de ato administrativo por ilegalidade é competência do Poder Judiciário. A Administração Pública pode rever, de ofício, seus próprios atos. A revisão de ofício do ato administrativo só pode se dar pela autoridade que o expediu, ou outra hierarquicamente superior. O Carf não é competente para avaliar a legalidade ou rever de ofício atos administrativos ou regulamentares expedidos pelo Presidente da República. (Acórdão n.º 2301-005.278, de 10 de maio de 2018, Relator Conselheiro João Maurício Vital)

Em relação à alegação de inconstitucionalidade do referido imposto e dos citados dispositivos legais, cabe lembrar, inicialmente, o teor da Súmula CARF n.º 2, segundo o qual “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

O referido enunciado deve ser interpretado em conjunto com as disposições constantes do art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

(...)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei n.º 11.941, de 2009)

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
- c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

E, ainda, com o art. 62 do RI/CARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
- b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)
- c) Dispensa legal de constituição ou Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, nos termos dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- d) Parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; e
- e) Súmula da Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Redação dada pela Portaria MF nº 39, de 2016)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Como se observa, ao contrário, inclusive do que já sustentou este Relator, os dispositivos normativos não impõem aos julgadores administrativos o não conhecimento de qualquer alegação de inconstitucionalidade apresentada pelos contribuintes nos seus recursos.

As alegações devem ser apreciadas, para que se examine se já existe alguma decisão ou ato dentre os acima relacionados que reconheça a inconstitucionalidade da norma atacada (hipótese em que o entendimento neles exposto deve ser aplicado). O que se veda ao

jugador administrativo é, na ausência de qualquer dos referidos atos, reconhecer a referida inconstitucionalidade ou deixar de aplicar o ato normativo sob tal fundamento.

Relacionado ao caso sob análise, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 172.058/SC, em 30 de junho de 1995 (Relator Ministro Marco Aurélio, DJe 13 de outubro de 1995), reconheceu a inconstitucionalidade do ILL em relação aos acionistas de sociedades anônimas, quando os atos societários não prevejam a imediata disponibilidade econômica ou jurídica a estes do lucro líquido apurado, na data de encerramento do período-base, conforme trecho da ementa a seguir:

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - SÓCIO COTISTA.

A norma insculpida no artigo 35 da Lei n.º 7.713/88 mostra-se harmônica com a Constituição Federal quando o contrato social preve a disponibilidade econômica ou jurídica imediata, pelos sócios, do lucro líquido apurado, na data do encerramento do período-base. Nesse caso, o citado artigo exsurge como explicitação do fato gerador estabelecido no artigo 43 do Código Tributário Nacional, não cabendo dizer da disciplina, de tal elemento do tributo, via legislação ordinária. Interpretação da norma conforme o Texto Maior.

IMPOSTO DE RENDA - RETENÇÃO NA FONTE - ACIONISTA.

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

Em decorrência daquela decisão, inclusive, houve a edição pelo Senado Federal da Resolução n.º 82, de 1996, por meio da qual:

Art. 1.º. É suspensa a execução do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 22 de dezembro de 1988,

A Recorrente não aponta e não é do conhecimento deste Relator qualquer outro ato judicial ou administrativo que reconheça a inconstitucionalidade total do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, e/ou dos arts. 39 e 41 do Decreto n.º 332, de 1991.

E, aí sim, na ausência de qualquer dos atos referidos nos dispositivos acima transcritos do Decreto n.º 70.235, de 1972, e do RI/CARF, incide a vedação neles contida e reconhecida pela Súmula CARF n.º 2, da impossibilidade de o julgador administrativo reconhecer ineditamente inconstitucionalidade de ato normativo ou deixar de aplicá-lo sob tal fundamento, de modo que deixo de analisar as razões apresentadas pela Recorrente, no intuito de demonstrar a existência de inconstitucionalidade das normas em questão.

De outra parte, o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, de observância obrigatória neste julgamento, poderia aproveitar à Recorrente, a depender das disposições contidas nos seus atos societários.

Em relação às compensações sob exame nos presentes autos, porém, há dois grandes óbices a utilizar a declaração de inconstitucionalidade como fundamento para o reconhecimento do direito creditório e sua homologação.

Em primeiro lugar, as compensações realizadas nas DComp tratadas neste processo foram efetuadas com suposto crédito decorrente do processo judicial n.º 95.03.099255-9/SP, no âmbito do qual, como detalhado no tópico anterior, não há decisão que torne indevido o pagamento realizado pela Recorrente a título de ILL. Reconhecer, agora, crédito relativo ao mesmo pagamento, porém sob outro fundamento, significa a homologação de compensação totalmente diversa da realizada.

A par disso, à data da apresentação das DComp ora examinadas (agosto a outubro de 2004), já havia transcorrido o prazo prescricional para o pedido de restituição e realização da compensação em relação ao pagamento de fl. 114 (realizado em 30 de abril de 1992).

A tal conclusão se chega a partir da conjugação da Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Recurso Especial n.º 1.110.578/SP (Relator Ministro Luiz Fux, de 12 de maio de 2010, DJe 21 de maio de 2010), que resultou no Tema repetitivo n.º 142 :

O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício.

Com a Súmula CARF n.º 91 (embasada no julgamento sob a sistemática de repercussão geral do Recurso Extraordinário n.º 566.621, Relatora Ministra Rosa Weber, de 04 de agosto de 2011, DJe 11 de outubro de 2011):

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. (**Vinculante**, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ou seja, tendo o pagamento em questão sido realizado em 30 de abril de 1992, o prazo para a restituição e/ou compensação de eventual montante pago a maior e/ou indevidamente se esgotou em 30 de abril de 2002.

Deste modo, a declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 35 da Lei n.º 7.713, de 1988, não produz reflexos nos presentes autos.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo