



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

Recorrente : **BEG - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A.**
Recorrida : **DRJ em Brasília - DF**

IOF - OURO, ATIVO FINANCEIRO - COMPENSAÇÃO - O prazo de 05 anos para formular pedido de restituição/compensação de valores indevidamente recolhidos, por haver sido declarada inconstitucional pelo STF a norma que previa a exação, é contado a partir da data em que foi publicada a decisão da Corte Suprema.

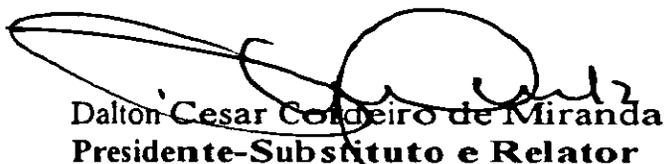
ART. 166 CTN - ENCARGO TRIBUTÁRIO - Não é necessária a comprovação de ter assumido o respectivo encargo financeiro, no caso dos tributos diretos como o IOF.

Recurso ao qual se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
BEG - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.** O Conselheiro Henrique Pinheiro Torres declarou-se impedido de votar, nos termos do inc. II do art. 15 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes. Esteve presente ao julgamento o advogado da recorrente, o Dr. Dicler de Assunção.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002.


Dalton Cesar Condeiro de Miranda
Presidente-Substituto e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Ana Neyle Olímpio Holanda.

Imp/mdc



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

Recorrente : **BEG - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS S/A.**

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de compensação de valores recolhidos pela ora Recorrente, a título de IOF sobre operações de transmissão de ouro, ativo financeiro. Referido pedido foi formulado pela interessada em 20/01/98, conforme a fl. 01 e formalizado no dia 22/01/98.

Aduziu a Recorrente que, nos termos do artigo 153, § 5º, da CF/88, a incidência do IOF na espécie é exclusiva na operação de origem, portanto, uma única vez.

A Lei nº 7.766/89 dispôs sobre referida incidência do IOF em consonância com a norma constitucional, ocorrendo, contudo, que, pela MP nº 160/90, posteriormente convertida na Lei nº 8.033/90, novas incidências de IOF foram instituídas, posteriores à operação de origem, como sendo: na transmissão e venda de posições detidas em 16/03/90 e sobre o total de ouro detido naquela data, caso houvesse opção pela antecipação do pagamento do imposto, mediante alíquota reduzida.

Nesse passo, então, a Lei nº 8.033/90 contraria o dispositivo constitucional antes referido, não podendo, por outro lado, retroagir para alcançar o ouro, ativo financeiro, que já fora tributado na origem.

Ao final, postula a Recorrente seja-lhe deferida a compensação do montante pago indevidamente, devidamente atualizado pelo IPC/PNPC até dezembro de 1991 acrescido da aplicação de juros equivalentes à Taxa SELIC, com quaisquer outros tributos e contribuições arrecadados pela Receita Federal.

Às fls. 08 a 23, constam cópias autenticadas de DARFs que somadas traduzem o valor que se requer a compensação, datadas desde 01/06/90 até 15/01/1993.

Seguiu-se o Despacho de fl. 25, determinando fosse o pedido adequado às normas da IN SRF nº 21/97, o que foi cumprido à fl. 27 e juntado memória de cálculo à fl. 39, relevando notar que a Recorrente, pelo Documento de fl. 40, pleiteia a compensação desse valor recolhido com os valores por ela devidos a título de PIS, CSSL e de IRPJ.

Junto ainda demonstrativo de crédito de fls. 30 e 41, além de publicação de revista técnica especializada, referente aos índices de atualização a serem utilizados.

A DRF em Goiânia - GO, às fls. 51/53, proferiu o Despacho Decisório nº 80/98 para indeferir o pedido, por entender que não cabe opor perante a autoridade administrativa a arguição de inconstitucionalidade de norma, fazendo-o mediante a seguinte ementa:

"PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DE IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CRÉDITO, CÂMBIO E SEGURO FINANCEIRAS (IOF) com outros tributos e contribuições. Pedido indeferido por falta de amparo legal".



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

Intimada, a Recorrente ingressa com Impugnação de fl. 56 dirigida à DRJ em Brasília – DF, sustentando que no curso do processo foi expedida a IN SRF nº 129/98, por meio da qual, em face das reiteradas decisões judiciais sobre a matéria, a própria SRF veio a reconhecer a inexistência da relação jurídica que a obrigou ao recolhimento do referido tributo.

Às fls. 61/71, a DRJ em Brasília - DF proferiu a Decisão nº 1121/99 indeferindo a impugnação, com a seguinte ementa:

“Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativo a Títulos e Valores Mobiliários - IOF

- Pedido de compensação de Créditos

- O direito à restituição do imposto indevidamente pago decai em 05 anos contados da data da extinção do crédito tributário, a qual ocorre com o pagamento do tributo.”

Acrescentou a autoridade julgadora, também como razões de decidir (embora não constando da ementa), que ainda que não houvesse decaído o direito da Recorrente, ainda assim não provou esta que, na forma do artigo 166 do CTN, tenha assumido o ônus financeiro desse pagamento, não havendo transferência a terceiros ou que por este estivesse autorizada a requerer a restituição.

Intimada dessa decisão, a Recorrente ingressou com o Recurso de fls. 75/85, anexando os Documentos de fls. 86/156, arguindo que:

- a) a exigência foi declarada inconstitucional e a própria SRF, pela IN SRF nº 129/98, determinou a revisão de ofício de lançamentos que se refiram à matéria em questão;
- b) a sua pretensão é tempestiva, tanto assim que o Parecer Normativo CST nº 58, de 27/10/1998, fixa o entendimento segundo o qual o prazo quinquenal só pode passar a fluir a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal ou de ato do Poder Executivo, sendo este, no caso, a IN SRF nº 129/98;
- c) o STJ firmou o entendimento quanto ao prazo decenal para pleitear a restituição de indébito; e
- d) a ausência de repercussão do ônus financeiro para terceiro, uma vez que o recolhimento efetuado refere-se a ouro, ativo financeiro, pertencente à própria Recorrente e não de seus clientes, como imaginou o julgador. A veracidade da não transferência pode ser verificado pelo próprio código de receita constante dos DARFs (1351) e não 4028, este relativo a clientes, corroborado ainda pela Notificação de fls. 101, que lhe fizera o Banco do Brasil S/A, custodiante do ouro de propriedade da Recorrente.

Requer o provimento, pois, do pedido inicial.

É o relatório.



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

289

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

A matéria sobre a qual versam estes autos diz respeito à possibilidade de compensação dos valores pagos a título de IOF relativo a ouro, ativo financeiro, cuja titularidade, em 16/03/1990, era da Recorrente.

A decisão recorrida indeferiu o pleito, a uma, por entender que o prazo para a Recorrente pleitear a restituição/compensação do IOF pago é de 05 anos contados da data dos recolhimentos e, a duas, por não haver sido demonstrado pela interessada que suportara o ônus financeiro correspondente.

Quanto à primeira questão - o prazo quinquenal para formular o pedido -, observo que o Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária realizada em 15/10/1998, julgando o Recurso Extraordinário nº 225.272-8-SP, por unanimidade de votos, declarou a inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 1º da Lei nº 8.033/90, assim ementada:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IOF. OURO. TRANSMISSÃO DE OURO ATIVO FINANCEIRO. TRANSMISSÃO OU RESGATE DE TÍTULO REPRESENTATIVO DE OURO. CF art. 153, § 5º, Lei nº 8.033, de 12/04/90, artigo 1º, II e III.

O ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial sujeita-se, exclusivamente, ao IOF devido na operação de origem. CF art. 153, § 5º. Inconstitucionalidade dos incisos II e III do artigo 1º da Lei nº 8.033/90.

Precedente do STF: RE 190.363-RS, Velloso. Plenário, 13.5.98.

Recurso conhecido mas desprovido (CF art. 102, II, b)".

Referida decisão da Corte Suprema foi publicada no Diário da Justiça de 27/11/1998, seguindo-se que, em 05/11/98, foi expedida a IN SRF nº 129, a qual foi publicada no Diário Oficial de 09/11/98, pág. 7.

É entendimento assente deste Colegiado que o prazo quinquenal para o contribuinte formular pedido de restituição ou de compensação de valores por ele reputados indevidos e que tiverem sido declarados inconstitucionais em decisão com efeitos *erga omnes*, é contado da data em que tiver sido expedida a Resolução do Senado Federal, a partir de quando, então, a norma assim declarada inconstitucional é retirada do mundo jurídico, como se nunca tivera existido. Até então, presume-se a constitucionalidade da norma.

Na espécie destes autos, a decisão do Pleno do Eg. Supremo Tribunal Federal foi tomada em sede de controle difuso, porquanto o foi em julgamento de Recurso Extraordinário



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

290

que, a princípio, somente surtiria efeitos entre as partes envolvidas, não se tendo notícia de que o Sr. Presidente daquela Corte Constitucional houvesse requerido ao Senado Federal a expedição da Resolução preconizada na Carta Política, para emprestar-lhe efeito *erga omnes*.

Contudo, tal efeito pode-se dizer haver sido consolidado mediante iniciativa do próprio Secretário da Receita Federal, o qual, com fundamento no disposto no artigo 4º do Decreto nº 2.346/97, estendeu o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal a todos os contribuintes que estivessem em situação idêntica.

Nessa linha de pensamento, portanto, e na esteira dos precedentes deste Colegiado, entendo que o prazo quinquenal para que a Recorrente formulasse o pedido em questão contar-se-ia do dia 27/11/98, quando publicada a decisão do referido RE nº 225.272-8 - SP, ou então do dia 09/11/98, quando foi publicada a IN SRF nº 129/98.

Como o pedido foi formulado em 20/01/98, entendo que o mesmo é absolutamente tempestivo. Como precedentes cito:

“Ementa: IOF - OURO, ATIVO FINANCEIRO - COMPENSAÇÃO - O prazo de 05 anos para formular pedido de restituição/compensação de valores indevidamente recolhidos, por haver sido declarada inconstitucional pelo STF a norma que previa a exação, é contado a partir da data em que foi publicada a decisão da Corte Suprema. Recurso a que se dá provimento. ACÓRDÃO 201-75098 Relator: Sérgio Gomes Velloso Data da Sessão: 11/07/2001

Ementa: FINSOCIAL - PRESCRIÇÃO - O prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito correspondente ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL só começou a fluir da data da decisão do Supremo Tribunal Federal em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE, que confirmou a exigibilidade da Contribuição para o FINSOCIAL, e declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º da Lei nº 7.689/88; artigo 7º da Lei nº 7.787/89; artigo 1º da Lei nº 7.894/89 e artigo 1º da Lei nº 8.147/90 que alteravam a alíquota da contribuição, a partir de setembro de 1989. COFINS - COMPENSAÇÃO - Há de ser reconhecida a compensação de créditos provenientes de recolhimentos da Contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, pela alíquota superior a 0,5%, com os débitos para a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, até o montante do crédito demonstrado nos autos. Recurso parcialmente provido. Acórdão nº 202-12.365 Data da Sessão em 15/08/2000 Relator: Maria Teresa Martínez López

COFINS - PRESCRIÇÃO - O termo inicial do prazo prescricional de cinco anos para a compensação do tributo recolhido a maior, por julgamento da inconstitucionalidade de sua majoração, flui a partir do nascimento do direito a essa compensação/restituição, no presente caso, da data de publicação do acórdão do STF - 02/04/93 - proferido nos autos do RE nº 150.764-1-PE, que confirmou a exigibilidade do FINSOCIAL e declarou a inconstitucionalidade dos arts. 9º da Lei nº 8.147/88, 7º da Lei nº 7.787/89, 1º da Lei nº 7.894/89 e 1º da Lei nº 8.147/90, que



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

alteravam a alíquota da contribuição a partir de setembro de 1989. COMPENSAÇÃO - A Contribuição para o FINSOCIAL, recolhida pela alíquota superior a 0,5%, somente pode ser compensada com a COFINS nos limites impostos pela legislação de regência, inclusive no tocante aos índices de correção monetária legalmente estipulados e adotados pelo Fisco na conferência dos valores envolvidos. Recurso parcialmente provido". (Acórdão nº 203-07.261 Data da Sessão em 19/04/2001 Relator Otacílio Dantas Cartaxo).

Resta, pois, analisar-se a questão da repercussão ou não do ônus financeiro relativo ao tributo em questão, fundamento este invocado, também, pela autoridade monocrática para indeferir o pedido inicial.

Resta sem dúvida comprovado, através dos Documentos acostados às fls. 86/156, que os recolhimentos efetuados a título de IOF pela Recorrente referem-se a ouro, ativo financeiro, cuja titularidade lhe pertencia, tanto assim que o Banco do Brasil S/A (fl. 61) dirigiu-se à Recorrente nos seguintes termos:

"Prezados Senhores,

Em atenção a sua correspondência DENED-0448/90, de 08.06.90 encaminhamos posição da conta de custódia dessa distribuidora junto a essa custódia (relatório CDO 711 – folhas 00001 à 00007)."

Referido documento está corroborado com os de fls. 107/156, relativo às compras realizadas junto à METAGO, com indicação das mesmas quantidades e banco custodiante, ou seja, o mesmo Banco do Brasil S/A.

Ademais disso, observo que a incidência do IOF, preconizada pela referida Lei nº 8.033/90, declarada inconstitucional, somente incidiria sobre operações praticadas com ativos e aplicações **de cujo principal a contribuinte era titular em 16 de março de 1990**. É o que estabelecia o artigo 2º do mencionado diploma legal.

Portanto, o IOF que se exigia dizia respeito, tão-somente, aos ativos financeiros (como o ouro) detidos pelos respectivos titulares, proprietários, na data de 16/03/90.

Não há razão, portanto, para se indagar da transferência de ônus financeiro desse pagamento a terceiros, pois o IOF, segundo a própria Lei nº 8.033/90, era devido pelo detentor dos ativos e não por qualquer outro.

O STJ confirma este entendimento:

"Ementa: TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - FENÔMENO DA REPERCUSSÃO - ART. 166 DO CTN - IOF.

1. O pagamento indevido do IOF deve ser devolvido, sem restrição, ao contribuinte de direito.

2. Não se tratando de imposto indireto, não incide a restrição do art. 166 (precedentes).



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

202

3. Recurso especial não conhecido.

RESP 169654 Relator(a) Min. ELIANA CALMON Data da Decisão 21/11/2000”.

Tal decisão baseou-se em precedente do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: IOF. PEDIDO DE REPETIÇÃO FUNDADO NO PRINCÍPIO DA ANUALIDADE. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DO ART. 166 DO CTN E DA SÚMULA 546.

QUANDO O TRIBUTO NÃO COMPORTA A TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO, TEM LEGITIMIDADE PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO AQUELE QUE, FIGURANDO COMO SUJEITO PASSIVO, CUMPRIU A OBRIGAÇÃO FISCAL. RECONHECIDO E PROVIDO.” (RE-105.340/RJ Relator: Min. CORDEIRO GUERRA DJ DATA-14-03-86).

Foi proferido, também no seio do STJ, acórdão cuja ementa resume bem os principais pontos aqui debatidos, apesar de se tratar da contribuição previdenciária, uma vez que ambas as exações têm a mesma natureza; a de imposto *direto*. Senão vejamos:

“Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 3º, I, DA LEI Nº 7.787/89, E ART. 22, I, DA LEI Nº 8.212/91. AUTÔNOMOS, EMPREGADORES E AVULSOS. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO (LEIS NºS 8.212/91, 9.032/95 E 9.129/95). TRANSFERÊNCIA DE ENCARGO FINANCEIRO. ART. 166, DO CTN. JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, por ser sujeito a lançamento por homologação o empréstimo compulsório sobre combustíveis, seu prazo decadencial só se inicia quando decorridos 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de 05 (cinco) anos, a contar-se da homologação tácita do lançamento. Já o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada a inconstitucionalidade do diploma legal em que se fundou a citada exação. Estando o tributo em apreço sujeito a lançamento por homologação, há que serem aplicadas a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Da mesma forma, a referida Seção desta Corte, em sede de embargos de divergência, pacificou o entendimento para acolher a tese de que o art. 66, da Lei nº 8.383/91, em sua interpretação sistêmica, autoriza ao contribuinte efetuar, via autolancamento, compensação de tributos pagos cuja exigência foi indevida ou inconstitucional.

3. Tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro são somente aqueles em relação aos quais a própria lei estabeleça dita transferência.

4. Somente em casos assim aplica-se a regra do art. 166, do Código Tributário Nacional, pois a natureza, a que se reporta tal dispositivo legal, só pode ser a jurídica, que é determinada pela lei correspondente e não por



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

292

meras circunstâncias econômicas que podem estar, ou não, presentes, sem que se disponha de um critério seguro para saber quando se deu, e quando não se deu, aludida transferência.

5. Na verdade, o art. 166, do CTN, contém referência bem clara ao fato de que deve haver pelo intérprete sempre, em casos de repetição de indébito, identificação se o tributo, por sua natureza, comporta a transferência do respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, quando a lei, expressamente, não determina que o pagamento da exação é feito por terceiro, como é o caso do ICMS e do IPI. A prova a ser exigida na primeira situação deve ser aquela possível e que se apresente bem clara, a fim de não se colaborar para o enriquecimento ilícito do poder tributante. Nos casos em que a lei expressamente determina que o terceiro assumiu o encargo, necessidade há, de modo absoluto, que esse terceiro conceda autorização para a repetição de indébito.

6. A contribuição previdenciária examinada é de natureza direta. Apresenta-se com essa característica porque a sua exigência se concentra, unicamente, na pessoa de quem a recolhe, no caso, uma empresa que assume a condição de contribuinte de fato e de direito.

A primeira condição é assumida porque arca com o ônus financeiro imposto pelo tributo; a segunda, caracteriza-se porque é a responsável pelo cumprimento de todas as obrigações, quer as principais, quer as acessórias.

7. Em consequência, o fenômeno da substituição legal no cumprimento da obrigação, do contribuinte de fato pelo contribuinte de direito, não ocorre na exigência do pagamento das contribuições previdenciárias quanto à parte da responsabilidade das empresas.

8. A repetição do indébito e a compensação da contribuição questionada podem ser assim deferidas, sem a exigência da repercussão.

9. Acórdão que reconheceu o direito do contribuinte de compensar os tributos pretendidos sem as limitações contidas nas Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95.

10. In casu, tem-se leis ordinárias hierarquicamente inferiores ao comando de uma lei complementar. E, sendo a contribuição para a Seguridade Social uma espécie do gênero tributo, deve a mesma seguir o preceituado no CTN, recepcionado como Lei Complementar, salvo norma posterior de mesma hierarquia, que não é o caso das Leis Ordinárias supracitadas, a fim de que não se fira o princípio da hierarquia da lei.

11. Tais limites, portanto, não podem atingir uma situação consolidada do contribuinte à compensação, visto que os recolhimentos indevidos foram realizados antes da vigência das leis limitadoras. Aplica-se, conseqüentemente, o art. 66, da Lei nº 8.383/91, por ser a legislação vigente à época dos recolhimentos indevidos.

12. Aplica-se, a partir de 1º de janeiro de 1996, no fenômeno compensação tributária, o art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 26.12.95, pelo que os juros devem ser calculados, após tal data, de acordo com o resultado da taxa SELIC, que inclui, para a sua aferição, a correção monetária do período em que ela foi apurada.



Processo nº : 10120.000209/98-48
Recurso nº : 112.788
Acórdão nº : 202-13.933

13. A aplicação dos juros, tomando-se por base a taxa SELIC, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária. Este fator de atualização de moeda já se encontra considerado nos cálculos fixadores da referida taxa.

14. Sem base legal a pretensão do Fisco de só ser seguido tal sistema de aplicação dos juros quando o contribuinte requerer administrativamente a compensação. Impossível ao intérprete acrescer ao texto legal condição nela inexistente.

15. Recurso improvido." (RESP 200518/SP DJ 08/03/2000 Relator Min. JOSÉ DELGADO).

Por estas razões, voto no sentido de conhecer do recurso e ao mesmo tempo dar provimento, ressalvando, entretanto, a verificação, pela autoridade fazendária, da efetiva entrada em receita do valor constante dos DARFs de fls. 08 a 23, bem como dos cálculos do valor a ser compensado.

É como voto.

Sala de Sessões, em 09 de julho de 2002.


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA