



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10380.010412/2002-54
Recurso n°	133.395 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n°	302-37.648
Sessão de	21 de junho de 2006
Recorrente	AMUARAMA TURISMO LTDA.
Recorrida	DRJ-FORTALEZA/CE

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/04/1991 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL

NORMAS PROCESSUAIS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRESCRIÇÃO.

O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

A inconstitucionalidade reconhecida em sede de Recurso Extraordinário não gera efeitos *erga omnes*, sem que haja Resolução do Senado Federal suspendendo a aplicação do ato legal inquinado (art. 52, inciso X, da Constituição Federal). Tampouco a Medida Provisória n° 1.110/95 (atual Lei n° 10.522/2002) autoriza a interpretação de que cabe a revisão de créditos tributários definitivamente constituídos e extintos pelo pagamento.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO

O direito a pleitear a restituição do indébito opera-se na forma prevista do Art. 166 do Código Tributário Nacional, lei n. 5.172, de 1966.

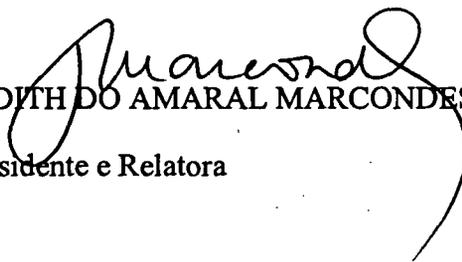
DIREITO INDIVIDUAL

Direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidas as Conselheiras Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro que davam provimento.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO

Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Corinθο Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.



Relatório

Trata o processo acima identificado de solicitação de restituição/compensação da contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, protocolado em 07/08/2002, pagas em percentual superior à alíquota de 0,5%, no valor de R\$ 97.118,96 (fl. 1) referente ao período de apuração de abril de 1991 a março de 1992.

A Delegacia da Receita Federal em Fortaleza (CE), baseada na Informação Fiscal de fls. 163/164, proferiu despacho decisório (fl. 165), decidindo não conhecer do pedido de restituição, em face da renúncia administrativa pela interposição de ação judicial com idêntico objetivo, e considerando que a decisão não transitou em julgado.

Inconformado com o indeferimento de seu pleito, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls. 167/172) alegando que:

- o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Ceará, ao qual é filiada a recorrente, ingressou com Mandado de Segurança Coletivo objetivando a compensação dos créditos indevidos do FINSOCIAL com valores a serem pagos referentes a COFINS;

- a sentença do Mandado de Segurança que beneficiou a entidade impetrante tornou-se sem efeito para a empresa recorrente, visto que não é mais contribuinte da COFINS;

- objetivando a restituição, a recorrente protocolou pedido que não foi acolhido pela Fazenda Pública sob a alegação de que não havia trânsito em julgado da medida judicial, nos termos do artigo 17 da IN SRF nº 21/97.

Na decisão de primeira instância, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Fortaleza - CE, por unanimidade de votos, indeferiu o pedido de restituição interposto pelo contribuinte nos termos da Decisão DRJ/ FOR Nº 5.348, de 07/12/2004 (fls. 186/192), cuja ementa dispõe:

"Finsocial. Restituição/Compensação A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei; segundo o comando inserto nos arts. 170 e 170-A do CTN. Créditos que' não se apresentam líquidos, não podem ser objeto de autorização de compensação, porquanto para se proceder à compensação deve, previamente, existir a liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

Decadência. O prazo para o contribuinte pleitear a restituição e a compensação de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

Cientificada do teor da decisão de primeira instância, a interessada apresentou, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 202) ao Conselho de Contribuintes requerendo que não seja promovido qualquer ato de cobrança, notadamente a inscrição na Dívida Ativa e inclusão no CADIN, até que haja decisão administrativa definitiva.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando, Relatora

O recurso é tempestivo, portanto merece ser conhecido.

Contribuições sociais são instrumentos encontrados pela sociedade para assegurar a efetivação de ações destinadas a dar cumprimento às suas – as da sociedade – determinações em matéria de direitos sociais. Tais ações fazem parte da cesta de bens públicos pontualmente indicados pela sociedade e que merecem tratamento diferenciado dos demais por sua natureza e pela priorização que lhes é atribuída pela própria sociedade.

A forma mista de custeio do orçamento social, pela via de contribuições específicas e do orçamento fiscal ordinário é expressão da racionalidade do legislador e de sua determinação em fazer **estável e independente** o orçamento previdenciário. Chamo atenção aqui para os valores estável e independente posto que em minha conclusão vou me reportar, outra vez, a esses valores.

O Decreto-lei nº 1940/82, ao criar o FINSOCIAL o fez determinando que os recursos fossem destinados ao custeio de “investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor”.

Entendo que, adiantando-se aos ideais de uma nova expressão da cidadania, que seriam materializados na Constituição Federal de 1988, individualizou o legislador daquele então uma função específica do Estado que deveria ser apoiada por recursos específicos.

Esse se adiantar à identificação de determinados bens públicos, digamos “notabilizados”, marcou de forma cristalina a passagem do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito. E nesse ponto atento para valores ligados aos direitos coletivos, uma vez que ao final vou novamente tratar desses direitos, em contraposição aos direitos individuais.

Faço esta digressão introdutória de minhas reflexões sobre a questão da decadência aqui levantada porque entendo que ademais da intempestividade do pedido de restituição, à luz do que preceitua o Código Tributário Nacional, questão preliminar neste caso, outros marcos legais devem ser abordados, também em instância preliminar à decisão do mérito, e bem assim valores implícitos na Constituição Federal.

Em primeiro lugar, peço licença para retomar debate já ocorrido neste colegiado, e externar de forma clara minha posição relativa à decadência do direito de pleitear a devolução de tributos: 5 anos a partir da data do pagamento, conforme determina o art. 168, II do CTN.

A tese muitas vezes utilizada de que a presunção da constitucionalidade da lei faz com que o contribuinte deixe de questioná-la não me parece razoável.

O próprio ordenamento jurídico nacional estabelece prazo para que os interessados possam questionar qualquer ato jurídico que, porventura, venha a lhes causar algum prejuízo.

Assim presunção de constitucionalidade não determina vedação ao exercício do direito de questionar.

Valho-me de entendimento já acolhido anteriormente neste colegiado:

“Dessa maneira, quando alguém entender que determinada lei é inconstitucional deve ser proposta uma ação. Afinal, a todo direito corresponde uma ação. E esta ação deve ser proposta, também, dentro do prazo que o próprio Direito também estabelece. É evidente que este prazo varia de acordo com a matéria regulada pela lei em questão. No caso de uma lei tributária, em regra, o prazo seria o de cinco anos, ou seja, o mesmo prazo estipulado para o pedido de devolução de tributos pagos indevidamente

Por isso, já diziam os romanos: dormientibus non succurrit jus. Portanto, quando da edição de uma nova lei, cabe aos estudiosos do Direito verificar se esta lei foi elaborada nos exatos termos do figurino constitucional. E isso, evidentemente, dentro do prazo legal.

No entanto, na prática, isso não ocorre. Poucos estudam e exercem o seu Direito. Estes, após anos de debates e em decorrência do empenho conseguem um pronunciamento favorável. É de Direito estender está decisão isolada a toda sociedade? A resposta é negativa, pois, o Direito não socorre aos que dormem!!!

Como já acima citado o Direito é segurança. E dentro desta segurança é que o mesmo Direito, através da Constituição Federal, outorga uma ação específica para esse fim, isto é, a ação direta de inconstitucionalidade, que da mesma forma deve ser proposta dentro de um determinado prazo. Esta sim, à luz de inconstitucionalidade, possui eficácia erga omnes, para proteger a sociedade como um todo.

Em suma, uma lei, quando inconstitucional, já nasce inconstitucional. Não é um acórdão do STF que a torna inconstitucional. A inconstitucionalidade é preexistente, dependente, apenas, de uma sentença que a declare como tal, observado o prazo para a propositura da ação.

Destarte, entendo que o efeito de uma declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso deve restringir a quem a postulou atempadamente, não devendo produzir “efeito despertador” para que toda sociedade venha reclamar aquilo que lhe foi, outrora, de Direito.”. (extraído do PROCESSO Nº 13807.011547/00-71, SESSÃO DE 14 de setembro de 2004, ACÓRDÃO Nº 302-36.339, RECURSO Nº 126449).

Mas, não admito o marco puramente legal, com sua ética e forma, como único condutor de um raciocínio lúcido sobre o direito de restituir ou compensar. Creio que a legislação deve ser referida a seu contexto, aos valores sociais de sua época, as circunstâncias econômicas e políticas que circundaram sua edição, e não pode ser trazida a julgamento posterior sem essas preciosas referências, sob o risco de produzir uma falsa justiça.

Nesse sentido, valho-me também do conceito de sustentabilidade trazido da economia e da ecologia, para fundamentar o meu convencimento.

Um sistema articulado e harmonizado como é o do orçamento de receitas e gastos públicos deve trabalhar com dados e variáveis em equilíbrio dinâmico e com conseqüências em perspectiva.

O sistema social chamado de Orçamento Fiscal tem uma de suas partes constituída pelos contribuintes e outra pela Fazenda Pública.

Ora, muitos anos depois dos cinco estabelecidos no CTN, estão reconhecidos, julgados e acreditados os valores recebidos, e gastos nos bens para os quais foram estabelecidos.

Sob esse aspecto é razoável supor que aqueles que não contestaram a majoração do gravame pelas vias legalmente autorizadas - administrativas ou judiciárias - deixaram de exercer um direito que lhes era garantido pelo prazo de 5 anos, conforme determina o CTN, e que a fazenda Pública já utilizou os recursos colocados a sua disposição.

Ora, se estamos tratando de um sistema, as entropias se corrigem no curto prazo, sob risco de destruir o sistema. E o curto prazo, para efeito de restituição de tributos é aquele em que a segurança jurídica não impeça a segurança social e econômica do sistema orçamentário fiscal.

Em seqüência desejo tratar do mandamento do art. 166 do Código Tributário Nacional que determina:

"A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la".

Tributos fazem parte da equação que determina o preço do produto.

Em economia os custo de oportunidade determinam a decisão de investir.

Ora, para que seja determinado o custo de oportunidade é necessário que todos os fatores de produção sejam orçados no momento da decisão de investir.

Assim sendo, salvo se por razões do universo não econômico, o empresário deixou de repassar para os preços o custo da tributação ou de parte dela, essa realidade contábil deve estar registrada de forma clara. Permitam-me afirmar, essa é a única forma de bem identificar a matriz de insumo/produto, absolutamente indispensável em qualquer empreendimento econômico, e frente a questão de decidir a quem devolver

Não é de se supor, por irracional do ponto de vista econômico, que todos os que pagaram o Finsocial com as alíquotas majoradas tenham levado em contabilidade apartada um custo de produção por eles suportado, em detrimento ou da remuneração do capital ou do lucro daquele momento econômico, em nome de uma crença absoluta que no futuro haveria de se considerar inconstitucional o tributo e lhes seria devolvido o montante, com a remuneração de capital do setor, acrescidos do lucro do investimento, e das devidas compensações pelos danos de terem sido expulsos do mercado.

Neste processo em nenhum tempo está representada a contabilidade do empreendedor, aqui contribuinte, que permita afastar a racionalidade econômica e reconhecer o direito de restituição nos termos do art. 166 do CTN.

Pelo exposto neste ponto já me permitiria negar provimento ao recurso do contribuinte convencida de que não há o que devolver a quem não provou ter pago e não repassado o ônus do pagamento.

Na seqüência de meu raciocínio, creio que poderia o julgador, em instância não administrativa, entender que incautamente o contribuinte deixou de apresentar sua contabilidade e também não lhe foi nunca exigido, motivo pelo qual poderia ser que existisse o direito alegado. Nesse mesmo campo das conjecturas, poderia ser que entendesse de forma diferente.

Nesse ponto, é de evidencia solar, como se costuma dizer entre os juristas, que mesmo se admitindo, por amor ao debate, que haja um direito individual na questão da repetição do Finsocial, há também um direito coletivo, social, que deve ser posto em evidência e aquilatado para que se possa efetivamente fazer uma escolha razoável, no momento de julgar, em dúvida, pró – contribuinte.

É evidente que para restituir o que é reclamado o fisco deixará de oferecer algum bem público a que tem direito a coletividade que hoje paga seus tributos. Ou deverá onerar com mais tributos essa mesma coletividade. Ou seja a sociedade deverá pagar, outra vez, os tributos que já pagou anteriormente diretamente ao Estado, ou indiretamente pela via dos preços.

Valho-me então do saber contido no RE 374981 relatado pelo Ministro Celso de Melo, que me permito descontextualizar:

“É certo – consoante adverte a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal - que não se reveste de natureza absoluta a liberdade de atividade empresarial, econômica, ou profissional, eis que inexistem, em nosso sistema jurídico, direitos e garantias impregnados de caráter absoluto: “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas - e considerando o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (RTJ 173/807-808 Rel. Min. Celso de Melo, Pleno).

Para não me alongar maçantemente com outros argumentos menos expressivos finalizo:

A legislação tributária determina que o pedido de restituição se faça dentro dos cinco anos que se seguem ao pagamento;

A lei não socorre aos que dormem;

Os tributos são parte do custo dos produtos e serviços;

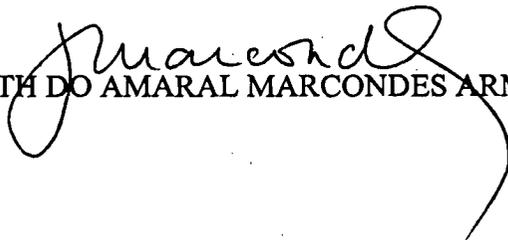
Não foi comprovado que o contribuinte não repassou o custo do tributo aos compradores de seus produtos ou serviços;

O direito individual não se sobrepõe ao direito coletivo;

É certo que a sociedade pagará pela repetição do “indébito” ou na forma de novos tributos ou na substituição de bens públicos pelo pagamento em apreço.

Tudo isso posto, preliminarmente considero decaído o direito de pleitear a restituição do Finsocial, e no mérito nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2006


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO – Relatora