



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 10865.720627/2009-19
Recurso nº 10865.720627/2009-19 Voluntário
Acórdão nº **3401-001.675 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 25 de janeiro de 2011
Matéria DCOMP. CRÉDITO DE FINSOCIAL. INDÉBITO DO FINSOCIAL.
AUSÊNCIA DE PROVAS. DECADÊNCIA.
Recorrente FLOREZI & COLEPICOLO LTDA
Recorrida DRJ RIBEIRÃO PRETO-SP

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

RESTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

Tratando-se de restituição o ônus de comprovar a existência do indébito é do contribuinte, pelo que se indefere Declaração de Compensação desacompanhada de provas.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL. PAGAMENTOS SUPOSTAMENTE INDEVIDOS OU A MAIOR.

Nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 1º, do CTN, o direito de pleitear a repetição de indébito tributário oriundo de pagamentos supostamente indevidos ou a maior extingue-se em cinco anos, a contar do pagamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Júlio César Alves Ramos - Presidente

Emanuel Carlos Dantas de Assis - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Ângela Sartori, Odassi Guerzoni Filho, Adriana Oliveira e Ribeiro (Suplente), Fernando Marques Cleto Duarte e Júlio César Alves Ramos.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário contra acórdão da DRJ, que mantendo o indeferimento da origem julgou improcedente manifestação de inconformidade relativa a diversas Declarações de Compensação (DCOMP) entregues entre 02/08/2005 e 08/12/2006, nas quais a contribuinte alega direito creditório oriundo de indébito do Finsocial.

Na origem o indébito não foi reconhecido levando-se em conta a vedação para compensação com créditos de terceiros. Manifestando-se contra o indeferimento inicial, a contribuinte arguiu o seguinte, conforme o relatório da primeira instância:

- possui crédito próprio para efetuar suas compensações, estranhando o número do processo mencionado nas DCOMP porque se trata de um engano;

- a exigência de que conste nas DCOMP a data do trânsito em julgado da ação judicial que reconheceu o direito creditório é totalmente descabida;

- a requerente efetuou as compensações conforme processo nº 101865.001.584/2008-80, referente ao Finsocial, declarado inconstitucional pelo STF;

- trata-se de pedido de restituição baseado na declaração de inconstitucionalidade em controle difuso (RE 150.764-1, publicado em 02/04/1992;

- como a declaração de inconstitucionalidade do Finsocial foi proferida no controle difuso o termo inicial para a repetição do indébito há que ser contado da edição de Resolução do Senado Federal, que por não ter sido editada manteve em aberto tal prazo;

A DRJ, ao manter o indeferimento, considerou o seguinte:

- a contribuinte informou um número de processo errado nas DCOMP, com suposto trânsito em julgado;

- na Manifestação de Inconformidade mudou o processo referenciado nos pedidos;

- o art. 66 da Lei nº 8.383/91 foi revogado tacitamente pelo art. 74 da Lei nº 10.637, que a partir de então passou a regular todas as compensações;

- a Recorrente não demonstra a certeza e liquidez do crédito alegado, não trazendo aos autos nem ao menos cópias dos DARF de recolhimentos do Finsocial e qualquer planilha demonstrando o indébito alegado;

- como a contribuinte não detinha provimento judicial específico a seu favor, o aproveitamento dos indébitos, caso existentes, só poderia se dar no prazo de cinco anos após os recolhimentos maiores que os devidos;

- em julgamento ocorrido em 02/02/2010 a Primeira Turma da CSRF do CARF, por meio do recurso repetitivo, julgou 120 processos mantendo o entendimento de que o prazo de que o prazo para pedir a restituição vence em cinco anos após o recolhimento indevido, como determina a LC nº 118/2005.

No Recurso Voluntário, tempestivo, a contribuinte insiste nas compensações, arguindo, em síntese, que o direito ao crédito decorrente dos recolhimentos efetuados a título Finsocial é garantido “em razão da vinculação pelos juízos monocráticos e tribunais inferiores”, inexistindo prescrição porque os arts. 168 e 169 do CTN não se referem à hipótese deste pedido administrativo.

É o relatório, elaborado a partir do processo digitalizado.

Voto

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos do Processo Administrativo Fiscal, pelo que conheço.

Não fosse pela decadência o indébito devia ser negado, de todo modo, porque a Recorrente deixou de comprová-lo.

Como a DCOMP mais antiga foi transmitida em 02/08/2005, todos os recolhimentos efetuados antes de 02/08/2000 estão atingidos pela decadência, levando-se em conta a possibilidade de o indébito decorrer de um pagamento indevido ou a maior qualquer.

É sabido que o Superior Tribunal de Justiça interpretou que o prazo para repetição, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, como o Finsocial, é de dez anos (cinco anos do fator gerador, até a homologação tácita, seguidos de mais cinco). Para tanto considera que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.¹ O Tribunal examinou em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º, do CTN e deslocou o *dies a quo* da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quíntuplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o *dies ad quem* passa para 10 anos após o fato gerador.

Todavia, se levarmos em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como “prêmio” idêntica dilação de prazo.

É certo que o lançamento por homologação pode ser ocorrer tão logo realizado o fato gerador. Assim, o termo poderia, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) pode ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.

¹ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito e o prazo decadencial nesta via administrativa começa do pagamento antecipado, que extingue a obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Essa a regra geral, que só não se aplica na hipótese de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos.

Como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), apenas na situação de inconstitucionalidade reconhecida após os pagamentos descabe, *data venia*, considerar a data de cada recolhimento indevido, que deve ser substituída pela data de publicação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPC), as três compondo o controle concentrado de constitucionalidade, pela data da Resolução do Senado (quando do controle difuso), ou pela da publicação de ato administrativo reconhecendo o indébito, caso este seja anterior às datas primeiras.

Destarte, mesmo na hipótese de indébito do Finsocial (alegação introduzida a partir da Manifestação de Inconformidade), melhor sorte não assiste à Recorrente. É que o prazo para repetição deste tributo deve ser contado a partir da MP nº 1.110, de 30/08/1995 e publicada em 31/08/1995 (reeditada até a de nº 2.176/79, de 23/08/2001), cujo art. 17, III (art. 18, III, na última edição), dispensou o Finsocial exigido das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento. Mesmo a DCOMP mais antiga, transmitida em 02/08/2005, não poderia ser considerada por ter ultrapassado o prazo de cinco anos, contado da publicação da MP nº 1.110/1995.

Por fim, destaco que a Recorrente atuou desde o início de modo confuso, a fragilizar o seu direito. Depois de informar nas DCOMP um número de processo que renegou na Manifestação de Inconformidade, passou a dizer que os créditos decorrem de suposto indébito do Finsocial, sem apresentar qualquer prova. Como bem sublinhou a DRJ, não juntou aos autos nem uma simples planilha a demonstrar o valor dos créditos, tampouco cópias de DARF de recolhimentos do Finsocial.

Ora, quando se trata de pedido de restituição o ônus de provar a existência do indébito é do sujeito passivo. Sendo assim, ainda que pudesse ser superada a decadência à restituição alegada a ausência de provas continua como óbice incontornável à compensação pretendida.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso.

Emanuel Carlos Dantas de Assis

Processo nº 10865.720627/2009-19
Acórdão n.º **3401-001.675**

S3-C4T1
Fl. 187

CÓPIA