



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

Processo n° 13706.000145/2001-02
Recurso n° 136.070 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n° 302-39.875
Sessão de 16 de outubro de 2008
Recorrente H. STERN COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/01/1992

**FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO E/OU COMPENSAÇÃO. PRAZO
PARA SOLICITAÇÃO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
DISCUSSÃO JUDICIAL.**

Segundo entendimento consolidado pelo STJ, nos termos do art. 168 do CTN, o prazo para pedir restituição é contado da extinção do crédito tributário, e a extinção não acontece somente com o pagamento, e sim com este e a homologação do lançamento, na forma do art. 156, VII, do diploma tributário pátrio. Se nesse ínterim o contribuinte submete o crédito tributário a discussão judicial, a extinção do crédito tributário fica condicionada ao trânsito em julgado do processo no Judiciário. Se a coisa julgada formou-se em 12/09/2003, o prazo de cinco anos para pedir restituição encerrou-se em 12/09/2008. Tendo em vista que o pedido administrativo é de 16/01/2001, não há como declarar-se fluído o prazo decadencial.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da segunda câmara do terceiro conselho de contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Ribeiro Nogueira, Beatriz Veríssimo de Sena, Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausentes os Conselheiros Luciano Lopes de Almeida Moraes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Ricardo Paulo Rosa, Davi Machado Evangelista (Suplente) e a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.. Fez sustentação oral o Advogado Yan Dutra Molina, OAB/RJ -98.350.

Relatório

Adoto o quanto relatado pelo órgão julgador de primeira instância até aquela fase:

Trata o presente processo de pedido de compensação de crédito oriundo de recolhimentos do FINSOCIAL, efetuados com a aplicação das alíquotas majoradas da contribuição, no período entre 10/89 e 01/92 (fls. 53 a 167), com diversos débitos. A requerente anexou ao pedido cópias relativas à Ação Ordinária nº 92.0072100-1 e à Ação Cautelar nº 92.0003919-7 (fls. 09 a 52).

2. A Diort/Derat-RJO indeferiu o pedido (fls. 238 a 241), não homologando a compensação pleiteada, alegando que:

- A interessada não justifica o crédito pleiteado, nem anexa aos autos os respectivos DARF relativos aos pagamentos efetuados, os valores que deveriam ter sido recolhidos e os que considera indevidos;*

- Face ao teor do Parecer/PGFN/CAT nº 1.538/99, a SRF emitiu o Ato Declaratório nº 96/99, relativo ao prazo decadencial para se pleitear restituição de contribuição paga indevidamente ou em valor maior que o devido;*

- A interessada formalizou o pedido em 16/01/01, possuindo, conforme as normas citadas, o direito à restituição de valores pagos indevidamente ou a maior a partir de 16/01/96, não havendo previsão legal para a restituição de quantias pagas anteriormente a esta data;*

- À vista do relatado e com base nas planilhas apresentadas pela interessada, verifica-se que na data de protocolização do pedido já havia prescrito o direito à restituição de todos os pagamentos realizados nelas discriminados, devendo ser indeferido o pleito e não homologadas as compensações efetuadas;*

- Tendo em vista que os débitos de PIS e de COFINS discriminados nos pedidos de fls. 193, 195, 197, 199 e 201 não se encontram confessados, cabe o lançamento de ofício dos referidos valores, nos termos do art. 68 da IN/SRF nº 460/04.*

3. Cientificada em 21/11/2005, por via postal (fls. 248-v), a empresa acima identificada apresentou manifestação de inconformidade em 19/12/2005 (fls. 249 a 262) contra o despacho decisório proferido, argumentando, em síntese, que:

- Há um elemento importante que, embora tenha sido mencionado pela autoridade administrativa no relatório da decisão recorrida, não foi levado em conta nas razões decisórias, qual seja, a propositura de medida cautelar e ação declaratória (fls. 09 a 52), ambas com o condão de suspender a exigibilidade do FINSOCIAL, com a*

consequente declaração de inexistência de relação jurídico-tributária na forma do art. 9º da Lei nº 7.689/88;

• A ação cautelar foi autuada em 23/01/92 e a ordinária em 15/05/92;

• Observando que a impugnante pretende a compensação do FINSOCIAL pago indevidamente no período entre 10/89 e 01/01, ressalta-se que dentro do período de cinco anos houve o questionamento judicial sobre a legalidade da exação, razão pela qual não ocorreu a extinção definitiva do crédito tributário, ainda que tacitamente por parte do sujeito ativo;

• Na ação cautelar foi deferida liminar para garantia do direito de depósito do sujeito passivo, enquanto pendente a demanda, tendo sido realizados depósitos judiciais nos meses de dezembro de 1991 a março de 1992 (fls. 274 a 277);

• Não obstante a extinção do FINSOCIAL, a ação ordinária não perdeu seus efeitos, pois visava à discussão da legalidade da majoração de sua alíquota, sendo que a sentença definitiva somente foi publicada em 27/04/00, produzindo efeitos inter partes a partir desta data;

• Em sede recursal, o TRF-2ª Região declarou a inexistência de relação jurídico-tributária entre o sujeito passivo e ativo, em função da inconstitucionalidade, no que tange à majoração da alíquota, tendo transitado em julgado em 12/09/03;

• É evidente que durante o curso da ação judicial referente ao crédito tributário objeto do pedido de compensação se operou a suspensão da prescrição, pois o seu direito à compensação antes deste prazo era precário, não havendo certeza e liquidez no título. O sujeito passivo apenas poderia valer esse direito a partir do reconhecimento judicial;

• Não se trata de mero pagamento indevido, como uma duplicidade, por exemplo, pois tal pagamento somente adquiriu a feição de improcedente após a decisão do TRF, relativa ao recurso ex officio da União;

• Admitir o contrário seria o mesmo que aceitar que a Administração Pública pode se beneficiar de sua própria torpeza, pois se é ela própria que determina os requisitos para compensação, donde se destaca a certeza e liquidez do título, não seria viável alegar num momento subsequente que este direito havia perecido, enquanto pendente justamente a ação judicial que iria conferir este caráter de liquidez e certeza;

• O próprio art. 74 da Lei nº 9.430/96 reconhece a possibilidade de compensação relativa a crédito apurado em decisão judicial com trânsito em julgado, não se coadunando com o posicionamento da autoridade administrativa, que inviabilizaria o instituto da compensação;

• O STF firmou orientação no sentido de que a exação em questão é inconstitucional, tendo sido declarada tal inconstitucionalidade em

sede de controle difuso, que tem efeitos somente inter partes, levando a crer para a doutrina e jurisprudência que o termo inicial para contagem do prazo prescricional seria a data de publicação da resolução do Senado Federal retirando aquela norma do ordenamento jurídico;

- *Enquanto não publicada tal resolução não terá início o prazo prescricional para repetição do indébito, conforme entendimento do STJ e da doutrina, citados;*

- *Também o art. 18-II da Lei nº 10.522/02 nos faz concluir que a SRF acatou a inconstitucionalidade da contribuição e não pretende constituir créditos relativos a esta hipótese de incidência, afastando a recusa da presente homologação;*

- *A empresa possui filiais em diversas localidades do país e durante longo período a sua contabilidade era descentralizada, sendo que competia a cada filial o recolhimento dos respectivos tributos;*

- *No que tange ao FINSOCIAL, o recolhimento foi descentralizado até novembro de 2001 e, a partir de dezembro de 2001, passou a ser feito de forma centralizada, por meio de depósito judicial, nos autos da Medida Cautelar nº 92.003919-7;*

- *A quantia depositada foi calculada com base na alíquota estabelecida no art. 56 do ADCT, até a edição da lei a que se refere o art. 195 da Constituição, o que se deu com a Lei Complementar nº 70/91;*

- *Com o trânsito em julgado do recurso ex officio, tais depósitos foram convertidos em renda a favor da União (fls. 270), o que demonstra a total quitação para com o sujeito ativo da relação tributária;*

- *A ausência de juntada destes documentos deve ter sido um equívoco no momento da instrução do pedido de compensação, que merece ser sanado nesta oportunidade, em homenagem ao princípio da verdade material que rege o processo administrativo;*

- *Não há espaço no processo administrativo para o princípio da verdade formal, que se aplica apenas ao processo judicial, e tão-somente no processo civil, onde o juiz deve ater-se às provas carreadas aos autos, não tendo a preocupação de desvendar a real versão pela qual os fatos se deram, conforme doutrina citada;*

- *Assim, requer a juntada dos DARF anexos, relativos aos períodos de apuração setembro de 1989 a dezembro de 1991, individualizados por filial e acompanhados de planilha respectiva, demonstrando o saldo credor e devedor deste período (fls. 288 a 1.044);*

- *Em função do lapso temporal, alguns DARF não estão com a autenticação da câmara de compensação legível, mas há carimbo do banco para suprir esta questão. Todavia, caso assim não se entenda, requer a expedição de ofício aos bancos em que foram realizados os pagamentos, no sentido de demonstrar a autenticidade do pagamento;*

• Os pedidos de compensação referem-se aos meses de maio a agosto de 2001, passando-se a demonstrar a insubsistência do fundamento disposto nas razões de indeferimento;

• Maio de 2001: os valores originalmente devidos de PIS e COFINS foram integralmente compensados, sendo esta operação declarada em DCTF (fls. 1050 a 1055). Posteriormente foi apurada diferença a pagar (fls. 1057), tendo esta sido incluída em novo pedido de compensação (fls. 1059), requerendo-se a juntada de DCTF retificadora (fls. 1061 a 1071);

• Junho de 2001: os valores devidos de PIS e COFINS foram compensados e/ou recolhidos, tendo sido constatada, da mesma forma, diferença a recolher e formalizado novo pedido de compensação (fls. 1076), requerendo-se a juntada de DCTF retificadora;

• Julho de 2001: os valores devidos das contribuições foram integralmente quitados, apurando-se, também, saldo devedor, que foi objeto de compensação (fls. 1086), requerendo-se a juntada de DCTF retificadora (fls. 1088 a 1098);

• Agosto de 2001: os valores devidos das contribuições foram integralmente quitados. Constatada a existência de diferença a recolher, foi apresentado pedido de compensação (fls. 1100), apresentando-se DCTF retificadora;

• Setembro de 2001: os valores devidos das contribuições foram integralmente quitados. Igualmente constatada diferença, foi apresentado pedido de compensação (fls. 1102), requerendo a juntada da DCTF retificadora;

• A juntada das referidas DCTF retificadoras encontra amparo na legislação vigente, sendo vedada a retificação apenas quando o débito já estiver inscrito em dívida ativa ou for objeto de auto de infração ou já tiver transcorrido o prazo de cinco anos, contados da data do pagamento ou compensação;

• Pelo exposto, confia-se a impugnação provida para o fim de homologar os pedidos de compensação objeto deste processo.

A DRJ no RIO DE JANEIRO II/RJ julgou improcedente a solicitação, fls. 1.111 e seguintes, ementando a decisão assim:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/01/1992

Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMO INICIAL - O prazo decadencial para reconhecimento de direito creditório, relativo a tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, ainda que tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, extingue-se após o transcurso de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos

lançados por homologação, nos termos dos artigos 150, § 1º, 165 e 168, todos do CTN.

COMPENSAÇÃO – AÇÃO JUDICIAL – É condição essencial à utilização, no âmbito administrativo, de crédito do sujeito passivo para com a Fazenda Nacional, objeto de discussão judicial, que a ação judicial tenha por objeto o reconhecimento de direito creditório relativo a tributo ou contribuição administrados pela SRF, assim como o trânsito em julgado da correspondente decisão.

Solicitação Indeferida

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fls. 1.133 e seguintes, onde rechaça os fundamentos da decisão de primeiro grau, para indeferir a solicitação compensatória, e invoca os argumentos apresentados por ocasião da impugnação, no que pertine à decadência. Ao final, pede a ratificação de sua compensação.

Despacho de fl. 1.148, encaminhando o recurso a este Terceiro Conselho de Contribuintes, e à fl. 1.149, distribuição e redistribuição da lide a este Conselheiro.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Corinto Oliveira Machado, Relator

O recurso voluntário é tempestivo, e considerando o preenchimento dos requisitos de sua admissibilidade, merece ser apreciado.

Preliminarmente, deve-se tratar da decadência, e nesse sentido, tem razão a recorrente quando assevera que *tendo transitado em julgado somente no dia 12/09/2003, somente a partir deste momento foi reconhecido que o tributo pago antes da realização do depósito judicial, ou seja, de outubro de 1989 a janeiro de 1992, era indevido*, fl. 1.138.

É que nos termos do art. 168 do Código Tributário Nacional, o prazo para pedir restituição é contado da extinção do crédito tributário, e a extinção não acontece somente com o pagamento, e sim com este e a homologação do lançamento, após atividade do contribuinte, na forma do art. 156, VII, do diploma tributário pátrio. Se nesse ínterim o contribuinte submete o crédito tributário a discussão judicial, a extinção do crédito tributário fica condicionada ao trânsito em julgado do processo no Judiciário.

Nessa moldura, se a coisa julgada formou-se em 12/09/2003, e *ipso facto* a extinção do crédito tributário, o prazo de cinco anos para pedir restituição encerrou-se em 12/09/2008. Tendo em vista que o pedido administrativo é de 16/01/2001, não há como declarar-se fluído o prazo decadencial.

Dito isso, não devo adentrar no mérito da questão, para não configurar supressão de instância no caso vertente, entretanto, impõe-se dizer que embora no bojo da ação judicial, de fato, não tenha provimento conferindo o direito à compensação dos valores a título de FINSOCIAL à recorrente, não se pode deixar de reconhecer que foi obtido o reconhecimento judicial de que as parcelas que excederam a 0,5% eram indevidas ao Erário, aliás, como é inclusive é notoriamente reconhecido pela Administração Tributária, em caráter genérico, desde a edição da medida provisória 1.110/95. Nessa linha de raciocínio, não vejo óbice algum a que o título judicial obtido instrua pedido administrativo de compensação, uma vez que a União não pode ficar com o que não é seu, *i.e.*, as parcelas excedentes ao 0,5%.

Ante o exposto, voto pelo DEFERIMENTO do recurso voluntário, para afastar a decadência do pedido, retornando o expediente à unidade de origem, para que sejam examinados os demais requisitos da solicitação compensatória.

Sala das Sessões, em 16 de outubro de 2008

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator