



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

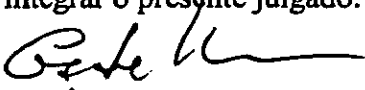
Processo nº : 10120.002545/93-10
Recurso nº : RD/301-127397
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : PRIMEIRA CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.
Interessada : PLANALTO S/A INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS
Sessão de : 17 de maio de 2005.
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Ante à inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 2710/98, firmou entendimento de que o termo *a quo* para o pedido de restituição começa a contar a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, em 31/08/95; primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 09 SET 2005

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, HENRIQUE PRADO MEGDA, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES, ANELISE DAUDT PRIETO, NILTON LUÍZ BARTOLI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415
Recurso nº : RD/301-127397
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : PLANALTO S/A INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS

RELATÓRIO

A contribuinte já identificada efetua pedido de parcelamento de débitos junto a DRF em Goiânia-GO, em 19/10/93. Por não haver, segundo a Seção de Arrecadação daquela DRF, apresentado a DCTF referente ao exercício de 1992, não foi efetuada a suspensão do débito. Posteriormente, foi aceito o reparcelamento, entretanto, tendo em vista a inexistência de comprovante de pagamento do referido débito, foi o inscrito em Dívida Ativa da União, conforme o demonstrativo de débito (fls. 40/41).

Ocorre que a referida empresa ajuizou Ação Ordinária tributária de Repetição de Indébito com Pedidos de Compensação e de Antecipação de Tutela Antecipada nos efeitos da sentença do mérito, nº 96.0008756-3 (fls. 53/62) em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota que excedeu 0,5% da base de cálculo do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, em 02/04/93, obtendo o deferimento do seu pleito na forma de tutela antecipada para autorizar a compensação, pela autora, dos valores referentes ao Finsocial pagos a maior com débitos de Cofins, consoante o disposto no art. 1º e seguintes do Dec. nº 2.138/97 (fl. 63). Anexos cópias de DARFs (fls. 66/87) e planilhas (fls. 97/99).

Em 22/02/99 a contribuinte solicita o cancelamento dos débitos cobrados nos autos, havendo informado que procedeu à compensação espontânea de seus créditos de Finsocial com débitos de Cofins, requerendo, inclusive, a restituição da diferença do saldo em seu favor.

Em 04 e 08/03/99 (fls. 157 e 167) a contribuinte solicitou a inclusão de pagamentos de Finsocial ainda não considerados nos levantamentos anteriores anexando os devidos comprovantes e cópia da desistência da ação judicial de nº 96.0008756-3 (fls. 168/169).

A DRF/SASIT em Goiânia-GO proferiu o Despacho Decisório nº 325/00 (fls. 186/1924), deferiu parcialmente o pleito da contribuinte para convalidar, com base na

Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

IN/SRF nº 32/97 as compensações realizadas consoante planilha de fl. 192, e para indeferir o pedido de restituição sob o argumento de haver ocorrido o fenômeno da decadência quanto ao direito à restituição, com fundamento nos Pareceres PGFN/CAT nºs 678 e 1538/99 e no AD/SRF nº 96/99, encontrando-se este consubstanciado nos arts. 165-I e 168-I do CTN.

Manifestando a sua inconformidade (fls. 194/208) contra a decisão de fl. 73/74, contrapõe-se ao argumento da existência de decadência apresentado pela DRF, apontando como elementos de fundamentação de sua tese os arts. 156-VII, 150 - §§ 1º e 4º, 165-I e 168-I todos do CTN e, quanto ao seu direito à restituição/compensação buscou amparo nos arts. 2º - I e 5º da IN/SRF nº 21/97, art. 1º-III da IN/SRF nº 31/97, art. 2º - § 1º da IN/SRF nº 32/97 e arts. 1º do Dec. nº 2.194/97, art. 1º e 4º do Dec. nº 2.346/97, art. 149 do CTN e 43 da LC nº 73/93, mencionando diversos julgados em favor de sua tese (fls. 83/87), além de trazer como contraponto ao AD/SRF nº 96/99 o Parecer COSIT nº 58/98, que em suas conclusões, notadamente nos itens que reconhece o direito à restituição/compensação do indébito pelo sujeito passivo, bem como disciplina o disposto no art. 4º do Dec. nº 2.346/97. Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo decadencial defende a data da publicação da MP nº 1.110/95, em 31/10/95.

O Acórdão DRJ/BSA nº 616, de 10/04/01 (fls. 217/221), ratificando o entendimento esposado no Despacho DRF/SASIT (fls. 28/33), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela Manifestante, sob os mesmos fundamentos legais, consoante os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL.

O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição paga indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância aos princípios da estrita legalidade tributária e da segurança jurídica.

**MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE INDEFERIDA.
SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.”**

Notificada da decisão de primeira instância mediante aposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 18/09/02 (fl. 104), a postulante avia o seu recurso voluntário em 18/09/02 (fls. 105/116), reiterando os termos contidos na peça exordial, apenas aprofundando o debate sobre a matéria já tratada e mencionando jurisprudência do STJ.

O Acórdão nº 301-30.864 (fls. 247/251) prolatou decisão que proveu o recurso interposto para afastar a arguição de prescrição do direito de a recorrente pleitear a restituição, consoante ementa adiante:

Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

“FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. ISONOMIA DE TRATAMENTO. CONTAGEM DE PRAZO. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO.

MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

O STF julgou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88, que majorou a alíquota do FINSOCIAL, pela via incidental.

ISONOMIA DE TRATAMENTO.

O Dec. 2.346/97 estabeleceu que cabe aos órgãos julgadores sigulares ou coletivos da administração tributária afastar a aplicação de lei declarada inconstitucional.

CONTAGEM DE PRAZO.

Em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- da Resolução do Senado que confere efeito “*erga omnes*” à decisão proferida ‘inter partes’ em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- Igual decisão prolatada no Ac. CSRF/01-03.239.

TERMO INICIAL.

Ante a falta de outro ato específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU, serve como o referencial para a contagem.

PRESCRIÇÃO.

A ação para a cobrança do crédito tributário pelo sujeito passivo prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.”

A representação da Procuradoria da Fazenda Nacional no âmbito dos CC, divergindo da decisão *a quo* interpõe, tempestivamente, o seu recurso (fls. 255/259), com fulcro no art. 5º - II do RICSRF, oferecendo a título de paradigma de divergência o Acórdão nº 302-35.782/03, cuja ementa adiante transcrita resume o entendimento que ora defende.

“FINSOCIAL.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

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 nº 1.110/95 (atual Lei nº 10.522/202) autoriza a interpretação de que cabe a revisão de créditos tributários definitivamente constituídos e extintos pelo pagamento.

DECADÊNCIA

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional).

NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA ”

O d. Procurador na exposição de sua tese aborda a matéria sob os auspícios dos arts. 156-I, 165-I e 168-I, todos do CTN, bem como no AD/SRF nº 96/99, este último consubstanciado no Parecer PGFN nº 1.538/99, posto que reconhece o direito do sujeito passivo a pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente a maior que o devido, entretanto, alega que em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, o pagamento extingue o

Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

crédito tributário; e que o direito de o contribuinte pleitear o seu direito à restituição extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos contado da data do pagamento.

Invoca o caráter vinculante do ato normativo supracitado para a administração tributária (arts. 100 e 103-I, CTN), e finaliza a sua exposição alegando que não há nada que justifique ser considerada a data da publicação da MP nº 1.110/95, o termo inicial da contagem do prazo para se pleitear a restituição do Finsocial.

Ciente do Acórdão nº 301-30.864 e do Recurso Especial aviado pela Fazenda Nacional em 15/04/04 a contribuinte deixa de apresentar as suas contra-razões.

É o relato.



Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

VOTO

Conselheiro OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator

A matéria versa sobre o reconhecimento de direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, em 02/04/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

De antemão, assinale-se que a tese esposada pela decisão de primeira instância e reiterada pela PFN, apesar de reconhecer o direito creditório, nos termos do art. 165-I do CTN, defende que o direito de o contribuinte pleitear a restituição extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contado da data do pagamento antecipado, de acordo com o disposto no art. 168-I do mesmo *mandamus* (AD/SRF nº 96/99), nele não influenciando a condição resolutória (a homologação). Observou-se, também, que a autoridade fiscal manteve-se inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

Logo, depreende-se que o cerne da querela restringe-se a contagem do prazo prescricional e ao acerto do seu marco inicial, ou seja, da data para o contribuinte exigir o ressarcimento do indébito tributário.

Ao contrário do que expôs o d. Procurador, é importante registrar que para que se cogite de um pleito da envergadura do ora analisado, faz-se necessário que o direito do contribuinte possa ser exercitável em sua plenitude. Nesse sentido, até que fosse julgada a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL pelo STF, os recolhimentos efetuados mês-a-mês pelo contribuinte, gozavam da presunção de legalidade. Logo, não haveria como se questionar a existência de indébito tributário, não haveria como se falar em decadência ou prescrição, nem mesmo em marco inicial para contagem de prazo para restituição de valores, uma vez que o seu direito de ação ainda não podia ser exercido. Não havia, ainda, a liquidez e a certeza do direito ao crédito do sujeito passivo, pressuposto este



Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

autorizativo para a realização da compensação de seus créditos com débitos próprios junto à Fazenda Nacional (art. 170, CTN).

Apenas após a publicação do trânsito em julgado da decisão judicial no DJ, ou seja, a partir dessa data é que se pode falar em contagem de prazo seja em relação à decadência ou à prescrição. Análise essa pela qual a decisão de primeira instância passou ao largo.

Mediante esse raciocínio, em não se pronunciando a autoridade fiscal no lapso temporal já mencionado, materializou-se o direito subjetivo de ação de o contribuinte (art. 174 do CTN), dispor do mesmo período, para promover a ação de cobrança do crédito, ou seja, para se ressarcir do indébito tributário.

Corroboram com a nossa tese, os julgados adiante mencionados, quais sejam: No âmbito dos Conselhos de Contribuintes Ac. CSRF/01-03.239/01, CSRF/03-04.227, 301-31.406 e Ac. 302-34.812. No âmbito do STF, Tribunal Pleno o RE nº 150764-PE, Ementário nº 1698-08, DJ 02.04.93.

Ademais, a se considerar o Finsocial sob o prisma de tributo sujeito ao lançamento por homologação, consoante entendimento que vêm se consolidando pelos Tribunais Superiores, registre-se, a título de exemplo, o julgado REsp. nº 44.953-7/PR, no qual o Ministro Pádua Ribeiro salientou que “...antes da homologação do lançamento não se pode falar em crédito tributário e no pagamento que o extingue, pois não se pode extinguir o que até então não exista...”.

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo decadencial matéria essa questionada pela ora recorrente, traz-se à baila o Ac. CSRF/01-03.239 que sabiamente estabelece que em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo STF em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo; e c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

A MP nº 1.110/95, art. 17 – III, DOU, de 31/08/95 – p. 013397, foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do

Processo nº : 10120.002545/93-10
Acórdão nº : CSRF/03-04.415

Finsocial à alíquota superior a 0,5%, passando a ser utilizado como referencial para o marco inicial da contagem do prazo decadencial.

O reconhecimento desse indébito restou consolidado através das reiteradas reedições e posteriores edições da retromencionada MP sob os nºs 1.142/95, 1.175/95, 1.209/95, 1.244/95, 1.281/96, 1.320/96, ..., 1.490/96 e 1.621-36/98, sendo convertida na Lei nº 10.522/02, a qual trata da matéria através do art. 18-III.

Posteriormente a essa MP a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF nº 32, de 09/04/97, em seu artigo 2º convalidou a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Cofins, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689/88, na alíquota superior a 0,5%. Significa dizer que a Administração Tributária por meio de ato administrativo também reconheceu o caráter indevido do já mencionado recolhimento, não havendo como prosperar o intento do pleito formulado pela PFN.

Ante o exposto, uma vez que já foi admitido o recurso da PFN, no mérito, nego-lhe provimento. É assim que voto.

Sala das Sessões-DF, em 17 de maio de 2005.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO