



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 10280.011630/99-50
Recurso nº : RDC/303-130.933
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 3ª CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.
Interessada : COFERMA – COM. DE FERRAGENS MAUÉS LTDA
Sessão de : 12 de novembro de 2007.
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

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%, expirando em 31/08/00. O pedido de restituição da contribuinte foi formulado em 10/09/99.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO – DUPLO GRAU - ANÁLISE DE MÉRITO – Nos processos administrativos fiscais de pedido reconhecimento do direito creditório, cujo litígio instaurou-se apenas quanto ao prazo para interposição do pleito, ou seja, a unidade de origem da Receita Federal não apreciou o mérito, afastada essa preliminar, os autos devem retornar àquela origem para essa análise, podendo o contribuinte apresentar outra manifestação de inconformidade à DRJ, no prazo de 30 dias da ciência, caso discorde da nova decisão.

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 de votos, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, , nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.. Prevaleceu o entendimento que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para interpor o pedido de restituição do Finsocial iniciou-se em 31/08/1995, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110 de

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

30/08/1995. Em face da proposição de três teses distintas, na primeira votação ficaram vencidos os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio José Praga de Souza, que davam provimento integral ao recurso, sob o entendimento que esse prazo tem como marco final a publicação do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/1999. Em segunda votação foram vencidos os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Valmir Sandri, para os quais esse prazo é de 10 (anos), contados da ocorrência de cada fato gerador (tese dos “cinco + cinco”), e davam provimento parcial ao recurso. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio José Praga de Souza, vencidos na primeira votação, acompanharam a tese vencedora. 2) Pelo voto de qualidade, foi determinado o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal (DRF) de origem, para enfrentamento do mérito, podendo o Contribuinte, se discordar da nova decisão, interpor manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Marciel Eder Costa, Anelise Daudt Prieto e Valmir Sandri que determinavam o retorno dos autos à DRJ. Designado para redigir o voto vencedor, nessa parte, o Conselheiro Antônio José Praga de Souza.


ANTONIO PRAGA
Presidente e redator designado

FORMALIZADO EM: 18 AGO 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Susy Gomes Hoffmann.



Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

Recurso nº : RDC/303-130.933
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : COFERMA – COM. DE FERRAGENS MAUÉS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedidos de restituição/compensação no valor de R\$ 17.780,58, formulado em 10/09/99 (fl. 01/02), a partir de créditos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração da alíquota de Finsocial (RE 150.764/PE, DJU de 02/04/93, trânsito em julgado em 04/05/93) formulado pela contribuinte junto a na DRF em Guarulhos-SP, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de jan/88 a mar/92, conforme planilha (fls. 04/05) e DARFs (fls. 11/203). Há vários pedidos de compensação.

Do Despacho Decisório da DRF/Belém-PA (fl. 248) que deixou de reconhecer o crédito tributário de Finsocial com base nos fundamentos do Parecer nº 0067/2004 (fls. 244/247) consubstanciado nos Parecer PGFN/CAT nº 1538/99 e AD/SRF nº 96/99 (arts. 165-I e 168-I, CTN), a contribuinte impugnando o feito, alegou inexistir decadência persiste na pretensão do seu direito, escudando-se na tese do prazo prescricional de dez anos, contados 05 anos para a homologação e mais 05 anos para o exercício do seu direito de pleitear a restituição do indébito tributário, com fulcro nos arts. 165, 168-I e 150, § 4º do CTN.

O acórdão DRJ/BEL nº 2.375/04 (fls. 263/269), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“CONTRIBUIÇÃO AO FUNDO DE INVERSIMTNEO SOCIAL – FINSOCIAL. PAGAMENTO A MAIOR OU INDEVIDO. PRAZO PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRELIMINAR DE MÉRITO.

O prazo decadencial para pleitear a restituição de valores pagos a maior ou indevidamente a título de tributos e contribuições, inclusive aqueles submetidos à sistemática do lançamento por homologação, é de cinco anos contados da data do efetivo pagamento. Acolhida esta preliminar de mérito, não cabe a análise dos outros pedidos do contribuinte.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais, quando comprovado que o contribuinte não figurou como parte na referida ação judicial.

Solicitação Indeferida.”

O voto condutor reiterou o entendimento esposado no Despacho Decisório retromencionado, complementando-o com os fundamentos contidos nos arts. 150, § 1º, 156-I e VII, 165-I e 168-I, todos do CTN, que estabelece que o pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito independentemente da condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

Insurgindo-se contra a decisão de primeira instância a interessada interpõe recurso voluntário reiterando os fatos expendidos na exordial de forma minudente, mencionando jurisprudência em seu favor, entretanto sem inovar o seu entendimento sobre a matéria.

O Acórdão nº 303-32.343 (fls. 285/313) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 11/08/05, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

“FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTE CONSELHO – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – INADMISSIBILIDADE – *DIES A QUO* – EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO QUE DISPENSA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.”

O voto condutor pautou-se nos dispositivos contidos na IN/SRF nº 210/02, que regulou o instituto da compensação no âmbito administrativo; na MP nº 1.110/95, posteriormente convertida na Lei nº 10.522/02, nos arts. 165 e 168-I do CTN, esclarecendo que na data em que concluído o julgamento da inconstitucionalidade da matéria, não havia sido editada qualquer resolução senatorial, para concluir que a MP retromencionada reconheceu expressamente a declaração de inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do Finsocial além de 0,5%, proferida pelo STF no julgamento do RE nº 150.764-PE. Portanto, a contagem do prazo prescricional iniciou na data da publicação dessa MP, qual seja, 31/08/95.

Cientificada do acórdão retromencionado em 21/10/05 (fl. 314), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 316/325), aviando o seu recurso em 24/10/05, com fulcro no art. 5º-II do RICSRF, oferecendo a título de paradigma o acórdão nº 302-35.782.

Aduz, sucintamente, a d. Procuradora:

-
- O art. 3º da LC nº 118/05 deixa claro que para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do Código.
- Esta lei aplica-se a teor do art. 106-I do CTN. Portanto, destas disposições legais, exsurge indiscutível o erro do v. acórdão ora recorrido.
- Pelo exame dos arts. 165-I e 168-I, ambos do CTN, constata-se que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento (art. 156-I, CTN).

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

- Nessa perspectiva as decisões administrativas devem respeitar o disposto no AD SRF nº 96/99, eis que esse ato tem caráter vinculante para a administração tributária, a partir de sua publicação, conforme os arts. 100-I e 103-I, do CTN.
- 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.
- Requer a restauração da r. decisão de primeira instância.

Admitido o REsp da PFN em 07/11/05, conforme Despacho exarado pela Presidente da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 355/357).

O contribuinte (AR em 30/12/05, fl. 360-v) tomando ciência do Acórdão nº 303-32.343 (fls. 285/313) e do REsp da PFN, comparece nos autos (em 16/01/06, fls. 361/370) para repelir os argumentos oferecidos pela Fazenda Nacional e, reiterando o entendimento já esposado nos autos.

É o relatório.



Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

VOTO VENCIDO

Conselheiro OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, relator

O recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional preenche os quesitos necessários à sua admissibilidade quanto aos critérios de tempestividade e de divergência.

Versa a matéria trazida à apreciação desta Corte sobre o indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL cima de 0,5%, declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, DJU de 02/03/93, especificamente quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para a restituição do indébito.

A tese esposada pela decisão de primeira instância, em relação à matéria em foco, adotou o entendimento contido no AD/SRF nº 96/99 para, reconhecendo o direito do contribuinte ao crédito tributário (art. 165-I CTN), argüir que o mesmo prescreve após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção (art. 168-I, CTN) pelo pagamento (art. 156-I, CTN).

De modo diverso, a decisão recorrida afastou a preliminar de decadência, argüindo que o prazo de cinco anos para a restituição de indébito deve ser contado a partir da publicação da Medida Provisória n.º 1.110/95, devendo os autos serem remetidos à instância *a quo* para exame de mérito.

A Fazenda Nacional enfatizou os mesmos argumentos expendidos na decisão de primeira instância, postulando pela sua restauração e pela reforma do acórdão recorrido.

Observou-se, também, que a autoridade fiscal se manteve inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

Desde logo depreende-se que o cerne da querela restringe-se a contagem do prazo prescricional de cinco anos distinguindo-se quanto ao acerto do seu marco inicial, ou seja, de restituição do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo que se falar em decadência.

Inicialmente, tem-se que, com o advento da MP n.º 1.110, publicada no DOU de 31 de agosto de 1995, o Poder Executivo admitiu a inconstitucionalidade da fixação do termo *a quo* para contagem do prazo prescricional para fins de exigência do FINSOCIAL em percentual superior a 0,5%. Com isso, o tributo indevido ou pago a maior (art. 165-I, do CTN), relativamente ao Finsocial, passou a ser a ser assim considerado.

Nesse mesmo sentido, o Parecer Cosit n.º 58, de 27/10/98, dispôs em seu item 27 que o prazo para o contribuinte não-partícipe de ação judicial possa pleitear a restituição/compensação se iniciou com a data da publicação da MP n.º 1.110/95, para os casos dos incisos II a VII, do art. 17, de acordo com as hipóteses previstas no art. 18 da MP n.º 1.699-40/98, *in verbis*:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e inscrição, relativamente:

I - [...]

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

III – à contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art 9.º da Lei n.º 7.689, de 1988, na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento, conforme Leis n.ºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de zero vírgula um por cento sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto=Lei n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

É cediço que o texto contido nas MP n.º 1.110/95 e 1.621-40/98, além de suas reedições sucessivas até o advento da lei n.º 1.522, de 19/07/01, não alude expressamente à hipótese de restituição de tributos, bem assim que restou estabelecido consoante o § 3.º, do artigo 18 dessa lei, que o disposto neste artigo não implicará restituição *ex officio*.

Entretanto, não se pode olvidar do permissivo oficial contido no Parecer Cosit n.º 58/98, o qual estabeleceu o marco inicial para o prazo de restituição fixado a partir da data da publicação da MP n.º 1.110/95, em 31/08/95, quando efetivamente nasceu o direito de o contribuinte postular perante a Administração Tributária a restituição/compensação de indébitos tributários.

Inobstante o entendimento vazado pela Administração Tributária no Parecer Cosit n.º 58/98, foi publicado em 30/11/99 o Ato Declaratório n.º 96, arrimado no Parecer PGFN n.º 1.538/99, que pretendeu mudar o posicionamento acerca da matéria, ao dispor que o prazo para o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos 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 STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário (art. 165-I e 168-I, do CTN).

A posição emanada pela SRF em relação à repetição de indébito nos termos do art. 165-I do CTN é ambígua uma vez que inicialmente adotou o entendimento contido no Parecer COSIT n.º 58/98, de 27/10/98, cujo reconhecimento expresso naquele Parecer referenda como *dies a quo* pra o contribuinte requerer a restituição dos valores pagos a maior que o devido, em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, pela via incidental, é a data da publicação da MP n.º 1.110/95, DOU de 31/08/95, sendo essa orientação seguida pelos seus órgãos até a edição do AD/SRF n.º 96/99, de 30/11/99, ocasião em que passa a esposar o novo entendimento a se contrapor àquele adotado anteriormente.

Decerto a SRF, em momentos distintos, adotou entendimentos diversos sobre a mesma matéria, desde a edição da MP n.º 1.110/95. Com isso muitos contribuintes obtiveram êxito em seus pleitos no que concerne ao reconhecimento do direito creditório do Finsocial pelo simples fato de aviarem seus pedidos de restituição/compensação até a data de 30/11/99, enquanto outros tantos foram prejudicados por protocolarem seus pedidos após aquela data.

Resta claro que a conduta adotada pelo Fisco atenta não apenas contra a isonomia tributária, mas contra os princípios da segurança jurídica e do interesse público. Logo, depreende-se não ser esse o parâmetro adequado para a aferição do prazo ora questionado.

Ao contrário do que expôs o juízo *a quo*, 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,

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

gozavam da presunção de legalidade. Logo, não haveria como se questionar a existência de indébito tributário, não haveria como se falar em 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 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 de cinco anos em relação à prescrição, análise esta pela qual a decisão de primeira instância passou ao largo.

Mediante esse raciocínio, em não se pronunciando a autoridade fiscal, materializou-se o direito subjetivo de ação de o contribuinte (arts. 174 e 168-I do CTN), para promover a ação de cobrança do crédito, ou seja, para se ressarcir do indébito tributário.

Note-se que a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF n.º 32, de 09/04/97, em seu artigo 2.º já havia convalidado a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Confins, com fundamento no art. 9.º da Lei n.º 7.689/88, na alíquota superior a 0,5%.

Significa dizer que a Administração Tributária por meio desse ato administrativo também reconheceu o caráter indevido do já mencionado recolhimento.

Com esse entendimento também se coaduna a manifestação do jurista e tributarista Ives Gandra Martins, adiante:

"Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge do âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º, da CF."
(Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178)

Considerando que o posicionamento adotado pela SRF, em todos os pedidos protocolados até 30/11/99 deu-se com base na IN/SRF n.º 32/97 e no Parecer Cosit 58/98, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual, deve ser mantido esse entendimento para os casos ocorridos mesmo após a publicação do AD/SRF n.º 96/99, uma vez que reside na MP n.º 1.110/95 o reconhecimento do Poder Executivo, ao admitir que a exigência do Finsocial com a alíquota majorada acima de 0,5% era inconstitucional, de acordo com os dispositivos contidos no seu art. 17-III.

Insustentáveis, portanto, os argumentos do d. Procurador com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial formulado em 19/01/98 (fls. 01/02) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido, dá-se em 31/08/00, não havendo que se falar em decadência.

Ante o exposto, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, nego-lhe provimento, retornando os autos à DRJ para exame das demais matérias.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 12 de novembro de 2007

OTACILIO DANTAS CARTAXO

Processo nº : 10280.011630/99-50
Acórdão nº : CSRF/03-05.412

VOTO VENCEDOR

Conselheiro ANTONIO PRAGA, Redator designado.

Nos debates do julgamento deste recurso propugnei pela correção do encaminhamento dos autos que segundo o acórdão recorrido deveria ser encaminhado à Delegacia de Julgamento - DRJ para julgamento do mérito.

Ocorre que o mérito não chegou a ser apreciado pela Delegacia da Receita Federal – DRF, sendo que o litígio foi instaurado apenas quanto ao decurso de prazo para interposição do pedido.

Em verdade a DRF não verificou os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, tampouco se o aludido direito crédito teria sido pleiteado ou utilizado anteriormente, inclusive em compensação espontânea. O despacho denegatório limitou-se a justificar a intempestividade do pedido haja vista ter sido protocolado 5 (cinco) anos após o último recolhimento.

A DRJ, por sua vez, apreciou o litígio no limite que foi instaurado e também não verificou esses aspectos.

É possível que a DRJ tenha condições de apreciar o mérito, todavia, se negar, o contribuinte seria prejudicado pela supressão de instância, pois caberia apenas novo recurso ao Conselho de Contribuintes, ou seja, apenas uma oportunidade de defesa, enquanto o PAF consagra o duplo grau de jurisdição na esfera administrativa.

Além disso, o retorno dos autos à DRF trará economia processual, pois, na hipótese de o contribuinte restar de acordo com o decido pela origem, não haverá instauração de novo litígio.

Diante do exposto oriento meu voto no sentido de confirmar integralmente a decisão do relator, apenas corrigindo o encaminhamento dos autos à unidade de origem (DRF ou DERAT para apreciação do mérito)

É como voto

Sala das Sessões – DF, em 12 de novembro de 2007


ANTONIO PRAGA.