



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

Processo n° 10280.013060/99-14
Recurso n° 221.434 Voluntário
A córdão n° **3102-000.817 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 8 de dezembro de 2010
Matéria Finsocial -Restituição
Recorrente CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ - CELPA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/12/1989, 01/01/1992 a 30/03/1992

Ementa: Apuração do Saldo A Restituir.Prescindibilidade de Lançamento de Ofício.

A verificação dos aspectos materiais da obrigação tributária no intuito de apurar o indébito, bem assim o indeferimento parcial da restituição em razão da apuração de saldo a restituir inferior ao pleiteado não depende de lançamento de ofício, conseqüentemente, não há que se falar em decadência do direito de promover tais verificações previamente à restituição do indébito.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Fernandes do Nascimento, Ricardo Paulo Rosa, Beatriz Veríssimo de Sena, Luciano Pontes de Maya Gomes, Nanci Gama e Luis Marcelo Guerra de Castro

Relatório

Por bem descrever a matéria litigiosa, adoto relatório que embasou o acórdão recorrido, que passo a transcrever:

Trata o presente processo de pedido de restituição de créditos do Finsocial, relativos a pagamentos a maior feitos com base em alíquotas consideradas inconstitucionais pelo STF, a serem utilizados na compensação de débitos discriminados na fl. 376.

2. A Delegada da Receita Federal em Belém, através do Despacho Decisório de fl. 421, indeferiu os pedidos de restituição e compensação, com base em parecer do Seort da Unidade, o qual adotou o entendimento de que teria havido decadência do direito de pleitear a restituição, posição essa mantida pela DRJ Belém (fls. 438/465), após impugnação da contribuinte.

3. Inconformada, a empresa recorreu da decisão, tendo o Terceiro Conselho de Contribuintes modificado o Acórdão da DRJ Belém, rejeitando a argüição de decadência (fl. 496/527).

4. A decisão do 3º Conselho de Contribuintes foi ainda objeto de Recurso Especial, impetrado pela Procuradoria da Fazenda Nacional e negado pela Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (fls. 576/582). O processo foi remetido para a DRJ Belém em função do exposto no documento de fl. 527 (Acórdão do 3º Conselho de Contribuintes).

5. Dessa forma, conforme decidido, deverá ser superada a preliminar de decadência que motivou o indeferimento do pleito e procedida a análise "dos demais pressupostos formais que devem embasar tais requerimentos, tais como a subsunção das atividades comerciais desenvolvidas pelo contribuinte àquelas sobre as quais pairou a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no julgamento do RE nº 150.764-PE, aferição dos cálculos apresentados, eventual existência de ações judiciais com desfecho favorável à Fazenda Nacional cuidando dos mesmos créditos, entre outros".

6. Diante da decisão, o processo foi remetido em diligência à DRF Belém, (Despacho nº 095/2008 — fls. 591/593), para análise do mérito do pedido, conforme requerido pelo Conselho.

7. Em atendimento, a DRF Belém expediu o Parecer Seort nº 216, de 23.04.2009 (fls. 3407/3413) onde, dentre outras coisas: historia os procedimentos adotados na diligência; relata as intimações feitas para atendimento do contribuinte; informa a desconsideração do pleito no que se refere a período já analisado no processo 10280.003446/95-11; adiciona à base de cálculo dos meses em que há pagamento passível de restituição o ICMS excluído indevidamente. Ao final, reconhece o direito ao crédito no valor de R\$ 598.421,36, em 12/1995.

8. Sobre as compensações, esclareceu a Unidade que, tendo em vista o fato da manifestação de inconformidade apresentada pela contribuinte quando da não homologação não suspender os débitos informados, houve pedido de parcelamento por parte da mesma, controlado pelo processo 10280.003222/2004-71, não havendo mais compensação a ser analisada.

9. Antes de remeter a conclusão da diligência à ciência da interessada e à DRJ/Belém, a Unidade submeteu o Parecer à Procuradoria da Fazenda Nacional, no intuito de apurar a existência de decisões judiciais favoráveis à Fazenda que pudessem repercutir na mudança do crédito analisado.

10. Em resposta (fls. 3530/3533), a PFN/PA informa que: "não foi localizada nenhuma ação intentada pela CELPA contra a UNIÃO FEDERAL com o assunto 'inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do FINSOCIAL'. nas Seções Judiciárias do Distrito Federal e Pará o que, contudo, consoante já afirmado acima, não afasta a possibilidade de existirem feitos de tal natureza ajuizados em Seções diversas (cf art. 109, § 2º da CF).

11. Diante disso, foram remetidos o Parecer e a manifestação da PFN para ciência do interessado e manifestação em trinta dias.

12. Cientificada em 08.09.2009 (AR fl. 3534-v.) a interessada apresentou, tempestivamente, em 07.10.2009, a manifestação de fls. 3535/3536, abaixo transcrita na íntegra:

"CENTRAIS ELÉTRICAS DO PARÁ S.A. - CELPA concessionária de serviço público federal de energia elétrica, com sede na Rodovia Augusto Montenegro, Km 8,5, s/nº, Belém/PA, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.895.728/0001-08, vem, por seus representantes legais (doc. 01), em atenção ao Parecer SEORT/DRF/BEL nº 0216/2009, expor o quanto segue.

Como informado pela Ilma. Representante da Procuradoria da Fazenda Nacional não há decisão judicial favorável à Fazenda Nacional que implicasse a aplicação das inconstitucionais majorações de alíquotas do Finsocial para empresas mistas ou vendedoras de mercadorias.

Ademais, a Requerente e a Receita Federal do Brasil têm interesse em identificar todos os créditos pendentes de compensação. No entanto, essa atividade deve se pautar pelos princípios informadores do processo administrativo, isto é, devem ser examinados os documentos comprobatórios dos créditos, não podendo as decisões serem fundamentadas em valores discutidos em outro processo administrativo, já transitado em julgado."

Ponderando as razões aduzidas pela autuada, juntamente com o consignado no voto condutor, decidiu o órgão de piso pela manutenção da apuração levada a efeito no parecer Seort, conforme se observa na ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

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

FINSOCIAL.

Reconhecida a inconstitucionalidade das majorações da alíquota da contribuição para as empresas exclusivamente vendedoras de

mercadorias e mistas, caberá a restituição dos valores pagos a maior.

Manifestação de Inconformidade Procedente em Parte

Direito Creditório Reconhecido em Parte

Reconheceu-se, assim, o indébito no valor de R\$ 598.421,36. em 12/1995, que corresponde à aplicação da alíquota de 0,5% sobre a base de cálculo que a unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil entendeu cabível, qual seja, o faturamento informado, acrescido do ICMS, em razão de que, na opinião daquelas autoridades, tal fração fora indevidamente excluída.

Após tomar ciência da decisão de 1ª instância, comparece a Celpa mais uma vez ao processo para, essencialmente, sustentar que a revisão da base de cálculo foi realizada em inobservância do prazo decadencial de constituição do crédito tributário e através de procedimento administrativo inapropriado.

Expõe a controvérsia acerca da inclusão ou não do ICMS na base de cálculo do Finsocial e tece considerações acerca da contagem do prazo decadencial à luz do art. 150,§ 4º do CTN.

Traz à colação jurisprudência administrativa acerca da contagem do prazo decadencial e da necessidade de se proceder ao lançamento no intuito de corrigir a base de cálculo do imposto.

Cita ainda decisões judiciais acerca da contagem do prazo decadencial do Finsocial, com especial destaque para a Súmula Vinculante nº 8.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, Relator

Tomo conhecimento do presente recurso, que foi tempestivamente apresentado e trata de matéria afeta a esta Terceira Seção.

Preliminarmente, há que se registrar que operou-se a extinção da via administrativa com relação aos períodos de apuração 01 a 12/1991, alvo do Acórdão 201-76.315, do extinto Segundo Conselho de Contribuintes, que não foi objeto de reforma, e em cuja ementa se lê:

FINSOCIAL. BASE DE CÁLCULO. ICMS.

O ICMS inclui-se na receita operacional bruta, e compõe a base de cálculo da contribuição

FINSOCIAL. EMPRESA VENDEDORA DE MERCADORIA. ENERGIA ELÉTRICA. RESTITUIÇÃO.

Sendo a energia elétrica considerada mercadoria, trata-se a ora recorrente de empresa comercial, vendedora de mercadoria, fazendo jus à restituição. Possível a restituição dos créditos oriundos do FINSOCIAL recolhido a maior, em alíquota

superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), exclusivamente nos períodos e valores comprovados com a documentação juntada.

Recurso provido em parte.

Assim, em homenagem à regra insculpida no art. 42, II do Decreto nº 70.235, de 1972¹, não é possível emitir qualquer decisão com relação a tais fatos geradores.

Caberia, então enfrentar as alegações do sujeito passivo relativamente aos demais períodos.

Aduz a recorrente, relembre-se, que a correção do saldo a restituir demandaria necessariamente a formalização de lançamento, medida inviável em razão do decurso de prazo transcorrido entre a data do fato gerador da contribuição para a qual se pleiteia restituição e a presente data.

Com a devida vênia, não vejo como acatar tais alegações.

Para tanto, trago à colação o que diz o art. 165, I e II do Código Tributário Nacional.

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

Ora, como se observa na leitura do os inciso I, o fundamento da repetição é sempre o pagamento maior que o devido, em face da legislação aplicável ou das circunstâncias materiais do fato gerador.

Veja-se a lição de Alberto Xavier²:

“O Código Tributário Nacional distingue dois fundamentos da obrigação de restituir em função das causas que conduziram ao pagamento indevido: pagamento espontâneo por erro (incisos I e II do artigo 165) e pagamento em virtude de decisão condenatória (inciso III do mesmo artigo)...

Por sua vez, o pagamento espontâneo por erro pode ser objetivamente indevido ou subjetivamente indevido. Nos casos de

¹ Art. 42. São definitivas as decisões:

(...)

II - de segunda instância de que não caiba recurso ou, se cabível, quando decorrido o prazo sem sua interposição;

² Do Lançamento Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário. Forense, 1998, 2ª ed., p. 371

pagamento objetivamente indevido, o erro tanto pode respeitar à inexistência da obrigação quanto ao seu quantitativo, sem quais forem os fatores que o determinaram (erro na interpretação da lei, erro quanto à natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador, erro na determinação da alíquota aplicável ou erro no cálculo do montante do débito). Nas hipóteses de pagamento subjetivamente indevido, o erro respeita apenas a identificação do sujeito passivo.“

Sendo certo que os aspectos (material, pessoal e temporal) que delimitam a obrigação tributária estão sempre previstos em lei, pode-se concluir, sem sombra de dúvida, que o fundamento da restituição é sempre o descompasso entre o pagamento promovido pelo Sujeito Passivo e a legislação que disciplina aquele tributo.

Consequentemente, não se pode pretender que, quando da liquidação do indébito, deixe-se de aplicar a lei tributária em razão de um suposto prejuízo do sujeito passivo: dado que o indébito surge da lei, sua apuração seguirá os aspectos (material, pessoal e temporal) dessa mesma lei.

Em assim sendo, não há como apurar a existência de saldo a restituir sem revisitar a obrigação tributária e aferir se o montante autolancado é efetivamente superior ao devido e, em caso de resposta negativa, denegar o pedido de restituição.

Finalmente, cabe destacar que a apuração do saldo a restituir não faz parte do rol dos atos do Fisco cuja implementação exige lançamento, mencionados no art 9º do Decreto nº 70.235, de 1972, que diz:

Art. 9º. A exigência do crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93) (originais não destacados).

Ausente a necessidade de lançamento, não há que se falar em decadência do direito de lançar.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 8 de dezembro de 2010

(assinado digitalmente)

Luis Marcelo Guerra de Castro - Relator

CÓPIA