



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10283.000373/97-20
Recurso nº 302-125.585 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-00.082 – 3ª Turma
Sessão de 07 de julho de 2009
Matéria Restituição de Finsocial - Prescrição. Nulidade do acórdão que julgou matéria alheia aos autos
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado Sovel da Amazônia Ltda.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

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

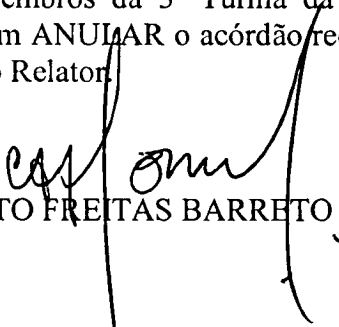
NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE DO JULGAMENTO.

Padece de nulidade o acórdão pertinente a julgamento de matéria alheia a que foi devolvida ao Colegiado, e que, de outro lado, deixou de apreciar a que deveria ter sido enfrentada.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em ANULAR o acórdão recorrido, determinando que outro seja proferido, nos termos do voto do Relator.


CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO
Presidente


HENRIQUE PINHEIRO TORRES
Relator

FORMALIZADO EM:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Susy Gomes Hoffman, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Marcos Tranchesi Ortiz (Substituto convocado), José Adão Vitorino de Moraes

(Substituto convocado), Maria Teresa Martínez Lopez e Leonardo Siade Manzan (Vice-Presidente Substituto).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida:

Em 17 de abril de 2001, o julgamento do presente processo foi convertido em diligência, nos termos da Resolução nº 202-00.219 da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em Sessão realizada aos 17 de abril de 2001 (fls. 59/73).

Para informar meus I. Pares os fatos ocorridos, transcrevo o "Relatório" de fls. 60/67, da lavra do D. Conselheiro Dr. Luiz Roberto Domingo:

"Trata-se de pedido antecipado de compensação de créditos relativos ao recolhimento do FINSOCIAL, sob alíquota superior a 0,5%, sob a égide das Leis nºs 7.689, de 1988, 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, cuja majoração foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Por bem traduzir a matéria e os fatos processuais, adoto o relatório da decisão singular (fls. 28/35), o qual transcrevo in verbis:

"1.1 O contribuinte em epígrafe, através de razões apresentadas sob este processo, requereu, junto à DRF/Manaus o reconhecimento e homologação de crédito tributário para posterior compensação de débitos, com a alegação de que, por imposição dos diplomas legais, considerados posteriormente inconstitucionais pelo STF, recolheu a maior o FINSOCIAL, conforme demonstrativo de fls. 11, os quais seriam utilizados para compensação de acordo com a Lei nº 8.383/91.

1.2 Fundamentou o seu pedido da existência de crédito tributário pelo FINSOCIAL indevido e o direito à compensação nos argumentos abaixo expostos:

EXISTÊNCIA DO CRÉDITO/FINSOCIAL INDEVIDO/DIREITO À COMPENSAÇÃO

1.2.1.A) O FINSOCIAL é indevido a partir de 01.09.89, no que tange ao aumento de alíquotas superiores a 0,5%, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, publicada em abril de 1993, ficando o assunto sepultado com a resolução do Senado Federal, pois ao considerar inconstitucional parte do art. 9º da Lei nº 7.698/88 que pretendia manter a contribuição prevista no Decreto-Lei 1.940/82, sustentando serem também inconstitucionais todas as leis posteriores que aumentaram as alíquotas de 0,5% para 1%, 1,2% e 2%;

B) tendo sido inconstitucionais os aumentos de alíquotas superiores a 0,5%, no período de 09.89 a 03.92, face decisão do STF e resolução do Senado Federal, o Poder Executivo por Decreto e MP determinou que a Fazenda Nacional não deve

contestar pedidos dos contribuintes que visem a busca dos créditos tributários deste tributo, e no ensinamento de Aliomar Baleeiro, tributo **INDEVIDO** é também aquele considerado **INCONSTITUCIONAL**;

DIREITO À RESTITUIÇÃO OU À COMPENSAÇÃO

1.2.2.A) o artigo 165, incisos I e II do CTN trata da restituição, enquanto o artigo 170 trata da compensação, regulamentado pelo artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e, dado o entendimento do STF, em julgamento de 16.12.92, em sendo o **FINSOCIAL** uma contribuição, o contribuinte que acumulou em sua contabilidade fiscal créditos do citado tributo no que excedeu a 0,5% e entende que pode utilizar os citados créditos, atualizados monetariamente, e prefere compensá-los com **COFINS**, embora as Delegacias não aceitem a compensação, ao contrário do Conselho de Contribuintes que permite;

A ADEQUADA E INDISCUTÍVEL COMPENSAÇÃO DO FINSOCIAL COM COFINS:

1.2.3.A) compensar **FINSOCIAL** com **COFINS** é pacífico na apreciação dos tribunais, visto que a Constituição Federal de 1988 recepcionou o Fundo de Investimento Social – **FINSOCIAL** – como contribuição para a seguridade social, atendendo ao artigo 66 da Lei 8.383/91, como bem comenta o Professor Hugo de Brito Machado que o direito à compensação é reconhecido pela Lei 8.383/91, mesmo quando resultante de reforma de decisão, não havendo condicionamento algum para exercitá-la, reforçado por manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional, como na A. Cautelar 93.8002033-3- 2ª V.J.Fed. em Santa Catarina, em 10.02.94;

B) a liquidez e certeza dos créditos existem. “Se paguei e guardei uma Guia **DARF** de um tributo que o STF declarou inconstitucional, entendo que possuo um documento de prova de um pagamento indevido, logo, posso elaborar os cálculos na forma da Lei e tenho o crédito a compensar” e “**A RECEITA FEDERAL POSSUI EM SEU PODER, TODAS AS GUIAS LISTADAS PELO CONTRIBUINTE, POSSUI CÓPIAS DE SUAS DECLARAÇÕES DE IMPOSTO DE RENDA, COM AS BASES DE CÁLCULO, LOGO CONFERIR É SUA OBRIGAÇÃO E CONSTATAR A LIQUIDEZ E CERTEZA.**” Merece destaque a Decisão na Ap. Cível nº 84582/RJ do TRF da 2ª Região, publicada no DJU de 16 de julho de 1997, sobre compensação do **FINSOCIAL** com a **COFINS**, indiscutivelmente favorável aos contribuintes;

CORREÇÃO MONETÁRIA APLICADA AOS CRÉDITOS:

1.2.4.A) a inflação produz efeitos sobre o sistema tributário, sobretudo no caso de indexação. “Os créditos decorrentes dos recolhimentos feitos a maior pelo contribuinte devem ser corrigidos monetariamente, de acordo com o IPC apurado desde o efetivo recolhimento até o mês de promulgação da Lei nº 8.383, de dezembro/91; a partir de então, deve seguir a forma

prescrita neste mandamento legal, sob pena de permanecer o enriquecimento ilícito da Fazenda Nacional". Em alentado parecer, a Advocacia Geral da União "definiu a obrigação de atualizar monetariamente os créditos por pagamento de tributos indevidos na sua restituição ou compensação, utilizando quando inexistentes outros índices do IPC/INPC".

O INEGÁVEL DIREITO À INCIDÊNCIA DOS JUROS:

1.2.5.A) o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250, de 12/95 definiu que os créditos dos contribuintes contra a Fazenda Nacional deveriam ser remunerados com juros de mora em taxas referenciais equivalentes à SELIC, e embora entenda, por princípio de equidade, que os juros deveriam ser calculados desde abril de 1994, os calculou apenas a partir de 01.01.96.

CONCLUSÃO/ REQUERIMENTO:

1.2.6) tendo ficado demonstrado que houve indevido recolhimento porque inconstitucional o tributo, há o efetivo direito a compensação e atualização monetária, solicitou elaboração de cálculos em que se apurou um crédito de 188.317,00 UFIR, conforme planilha de fls. 11, com a metodologia de cálculo, a partir de guia de que a Fazenda Nacional dispõe para análise, requer dentro do prazo da lei, a homologação dos cálculos indicados ou determinação da sua conferência nos termos da legislação aplicável.

1.3) Na apreciação pela DRF/ Manaus, às fls. 17/18, o pedido foi indeferido com os seguintes fundamentos:

a) Segundo o Decreto nº 73.529, de 21.01.73, artigos 1º e segundo, as decisões judiciais produzirão seus efeitos apenas em relação às partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo de seus julgados e o contribuinte não provou ter integrado qualquer processo judicial sobre o assunto contra a Fazenda Nacional; b) "A Lei nº 8.383/91 prevê em seu artigo 66 a compensação administrativa, **nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais**, no recolhimento de importância correspondente a períodos subseqüentes"; c) a IN-SRF nº 67/92, em seu artigo 1º, § 1º e incisos I e II, definiu, para fins do artigo 66, retrocitado, o que é recolhimento ou pagamento indevido ou a maior; d) a MP nº 1.175, reeditada sob os números 1.209, 1.244, 1.281, 1.320, 1.360, 1.402, que, em seu artigo 17, inciso III, dispensou a constituição do crédito tributário e sua inscrição na Dívida Ativa da União, ajuizamento e cancelamento dos lançamentos no tocante ao FINSOCIAL exigido na forma dos Decretos-Leis inconstitucionais, no valor que excedesse a 0,5% determinando o parágrafo 2º, "verbis":

"Parágrafo 2º - O DISPOSTO NESTE ARTIGO NÃO IMPLICARÁ RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS PAGAS."

e) não há previsão legal que autorize, na esfera administrativa, a compensação pleiteada, não podendo a administração proceder diferentemente do comando da legislação tributária, é indeferido o pleito apresentado.

1.4. Inconformado com o indeferimento contido no despacho de fls. 18, recorreu o contribuinte, às fls. 20/37, ao Primeiro Conselho de Contribuintes, cabendo a apreciação por esta DRJ, nos termos do artigo 2º da Portaria 4.980/94, com as seguintes alegações:

PREÂMBULO

a) requer reconsideração da Decisão que indeferiu o pedido de homologação de cálculo dos valores correspondentes ao FINSOCIAL recolhido indevidamente para efeitos de compensação face nova legislação vigente desde março/abril/97, pois o autor da informação e seu superior elaboraram seus estudos no início de março, talvez desconhecendo a IN- SRF 21, de 10.03.97 e as IN 31 e 32, de 08.04.97 que **“DECLARAM EXPRESSAMENTE COMO INDEVIDOS OS VALORES DO FINSOCIAL COBRADOS NOS TERMOS DO ART. 9º, DA LEI Nº 7.689/88, NAQUILO QUE EXCEDER AOS 0,5%. DETERMINADOS PELAS LEIS Nºs 7.787/89 E 7.894/89 E, AUTORIZAM A COMPENSAÇÃO E, PARECER DA PROCURADORIA DA FAZENDA, JÁ DEFINIRAM QUE DEVE ESTENDER-SE ÀS DECISÕES ADMINISTRATIVAS AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS”** e, caso não seja o entendimento do julgador seja recebido o presente Recurso Voluntário pelas razões e motivos expostos na inicial; b) a decisão indeferitória do pedido e o parecer de fls. 17/18 considerou os artigos 1º e 2º, do Dec. Nº 73.729/73, que a repetição de indébito dependeria de via judicial, além de que a MP 1.175, reeditada sob os nºs. 1.209, 1.244, 1.281, 1.320, 1.340 e 1.402, tratando das conseqüências da declaração de inconstitucionalidade das citadas leis, afastou no parágrafo 2º do artigo 17 a possibilidade de restituição de quantias pagas.

PRELIMINAR

a) o julgamento singular pertence à categoria dos atos administrativos vinculados e só são válidos se obedecerem aos requisitos legais estabelecidos para a sua realização, conforme a melhor doutrina, exposta por Helly Lopes Meireles. A denegação do direito à homologação de cálculo de tributos recolhidos indevidamente, seja para efeitos de restituição, seja para efeitos de compensação, é um julgamento singular e, portanto, sujeito ao Dec. 70.235/72, portanto, deveria atender aos artigos 24 e 25 do diploma processual;

b) se o Delegado da Receita Federal não pretendesse julgar o pedido, deveria encaminhar o processo à DRJ. Conclui-se que foi prolatada a Decisão da qual recorre por autoridade diferente da indicada na alínea “a”, do item 1, do artigo 25, do Dec. 70.235/72 e, portanto, é **NULA**, nos termos do artigo 59, inciso II do mesmo diploma legal, devendo o Egrégio Conselho de Contribuintes devolver o processo para que a autoridade competente de 1ª Instância prolate nova Decisão quanto ao requerimento de homologação de planilhas de cálculo de tributos //

indevidamente recolhidos, estribado na doutrina e inúmeras decisões.

MÉRITO

a) a alegação fundada nos artigos 1º e 2º do Decreto 72.529/73 de que as decisões produzem efeitos somente entre as partes integrantes do processo judicial não aproveita ao fisco, pois além das inúmeras decisões da Suprema Corte e de reiterados julgamentos favoráveis pelo próprio Conselho de Contribuintes, são incoerentes com as próprias determinações da própria Receita Federal que já editou inclusive normas expressas, quanto ao procedimento em função da inconstitucionalidade do **FINSOCIAL**;

b) não se pode dizer que a declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquotas não se aplica aos demais contribuintes, pois diferentemente do que pensam as autoridades indeferitórias, tal entendimento ofende o princípio da moralidade pública, o princípio que repudia o enriquecimento sem causa e a contundente jurisprudência dos tribunais judiciais e administrativos;

c) não bastassem os argumentos para modificar a decisão denegatória da homologação, com a edição do Decreto nº 2.194/94 e das IN – SRF nºs. 31/97 e 32/97, que convalidou inclusive as compensações efetivadas pelo contribuinte, do **FINSOCIAL** com a **COFINS**, nenhuma dúvida mais pode se opor à sua pretensão, bastando pois examinar tais diplomas normativos, o que vem sendo confirmado por decisões do **EGREGIO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**, pelo direito de compensação do **FINSOCIAL** recolhido indevidamente, não entendendo porque a DRF/ Manaus ainda possa ter dúvida de seu direito;

d) requer, provado o recolhimento indevido do **FINSOCIAL** dada a inconstitucionalidade dos aumentos de alíquotas superiores a 0,5% declarada pela STF, convalidada por legislação posterior, Parecer da PGFN, Decreto Presidencial e Instruções Normativas (Dec. 2.194/97, 21/97, 31/97 e 32/97), pelo que se deflui seu direito de crédito fiscal para ser compensado com débitos vencidos e vincendos da mesma exação ou qualquer outra contribuição ou tributo e que seu requerimento de homologação das planilhas do crédito recolhido indevidamente foi indeferido por autoridade incompetente, sendo competente o egrégio Conselho para conhecer de recursos contra decisões de primeira instância que denegam o reconhecimento de direito requerido pelo contribuinte, o conhecimento do presente para retificar o entendimento da DRF/ Manaus, declarando nula a decisão de fls. 18, face o entendimento adotado pela SRF em novas regras e determinar que a DRF/ Manaus “proceda de imediato a homologação da planilha de cálculos apresentada”, às fls. 16, “para efeitos de compensação, por medida de economia processual, **POIS, SE DEMONSTRADO ESTREME DE DÚVIDAS, O RECOLHIMENTO INDEVIDO, E SE O DIREITO NÃO SE DISCUTE, HÁ CRÉDITO EXIGÍVEL EM FAVOR DO CONTRIBUINTE, A LEI LHE FACULTA A COMPENSAÇÃO, O MÁXIMO QUE A DRF DE**” //

MANAUS, PODERIA FAZER, SERIA AFERINDO O CÁLCULO, DÚVIDAS HOUVESSEM, DISCORDAR DOS VALORES APRESENTADOS.”

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Manaus- AM, ao apreciar o mérito do pedido, ratificou o entendimento exposto no despacho impugnado, cuja fundamentação está sintetizada na ementa da decisão, “in verbis”:

“ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.

COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS

EMENTA: COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS – “O crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado através de sentença judicial, porque à Administração não compete o controle da constitucionalidade das leis (RESP 86.032 – MG).”.

HOMOLOGAÇÃO DE CÁLCULOS – A compensação, no âmbito dos tributos por homologação, compete ao contribuinte que é responsável pela apuração da liquidez e certeza dos créditos a compensar com os débitos, não cabendo ao fisco homologar cálculos que não são de sua responsabilidade, pois lhe compete fiscalizar e examinar os procedimentos do contribuinte, merecendo tal pedido indeferimento.

COMPENSAÇÃO INDEFERIDA”.

Intimada da decisão em 12/11/98, a Recorrente fez protocolizar Recurso Voluntário em 27/11/98, no qual alega, em síntese, os mesmos argumentos aduzidos na peça impugnatória.

Os autos foram remetidos diretamente a este Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, para apreciação.

É o relatório.”.

Após o traslado do “Relatório”, passo à transcrição do “Voto” proferido pelo I. Conselheiro - Relator Dr. Luiz Roberto Domingo, acolhido por unanimidade, pelos demais D. Conselheiros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes.

“Preliminarmente, é imperioso ressaltar que se mostra incompreensível a recusa da autoridade fiscal ao apreciar o mérito do pedido e declinar a respeito da liquidez do débito se há normas internas da Receita Federal que traduzem qual é o seu entendimento a respeito da correção monetária do débito.

De outro lado, é forçoso reconhecer que passados mais de três anos entre a data do pedido de compensação e a data em que se aprecia o pedido em segunda instância judicante administrativa, é muito provável que a Recorrente já tenha levado a efeito a compensação pretendida, com os critérios que julgou cabíveis, conforme sua exordial.

De outro lado, a demanda cinge-se à verificação do direito à compensação de créditos de FINSOCIAL com débitos vincendos da COFINS, e, nesse diapasão, a própria Secretaria da Receita Federal estabeleceu regras atinentes às compensações e restituições dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL.

Há que se considerar, portanto, que, por força do disposto nos artigos 163, 165 e 170 da Lei nº 5.172/66 (CTN), no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, com a redação dada pelo artigo 58 da Lei nº 9.069/95, no artigo 39 da Lei nº 9.250/95, na Lei nº 9.363/96, inciso II, § 1º, do artigo 6º, e no artigo 73 da Lei nº 9.430/96, no Decreto nº 2.138/97 e no artigo 12 da Portaria MF nº 038/97, reconhece o direito à compensação, no caso concreto, “independentemente de requerimento”, no artigo 14 da Instrução Normativa SRF nº 21, de 10 de março de 1997, verbis:

“Art. 14. Os créditos decorrentes de pagamento indevido, ou a maior que o devido, de tributos ou contribuições da mesma espécie e destinação constitucional, inclusive quando resultantes de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, poderão ser utilizados, mediante compensação, para pagamento de débitos da própria pessoa jurídica, correspondentes a períodos subseqüentes, desde que não apurados em procedimento de ofício, independentemente de requerimento.”

Por um lado, a título de ilustração, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça expõe, de forma categórica, a possibilidade de compensação direta pelo contribuinte dos créditos relativos ao recolhimento a maior de FINSOCIAL com parcelas da COFINS. Senão vejamos:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL (LEI Nº 7.689/88). CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS (LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91). COMPENSAÇÃO (LEI Nº 8.383/91): POSSIBILIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS.

I – Os valores recolhidos a título de Contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE nº 150.764-1), são compensáveis diretamente pelo contribuinte com aqueles devidos à conta de Cofins, no âmbito do lançamento por homologação. Precedente EREsp nº 78.301-BA, relator Ministro Ari Pargendler, 1ª seção, julgado em 11/12/95.

II – Tributos, cujo crédito se constitui através de lançamento por homologação, como no caso, são apurados em registros do contribuinte, devendo ser considerados líquidos e certos para efeito de compensação a se concretizar independentemente de prévia comunicação à autoridade fazendária) cf. art. 2º da IN/ SRF nº 67/92), cabendo a essa a fiscalização do procedimento.

III – Embargos recebidos.”

(Ac. Un. da 1ª Seção do STJ – Ediv no Resp nº 94.942-BA – Rel. Min. Adhemar Maciel – j. 23.04.97 – DJU 1, de 04.08.97).

Do v. acórdão precedente citado pela jurisprudência retro pode-se destacar os seguintes trechos, que se apresentam relevantes para o presente caso:

1. “No nosso ordenamento jurídico, as decisões judiciais são proferidas à base da lei, mas na técnica de aplicação desta está sempre embutido o propósito de uma solução justa; as regras de hermenêutica têm sempre esse sentido, orientando o intérprete, pelo menos, a resultados razoáveis”.

2. “O pano de fundo deste julgamento, portanto, é esse: ou as empresas que recolheram indevidamente a Contribuição para o Finsocial têm o direito de compensar os respectivos valores com aqueles devidos a título de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, ou devem se sujeitar ao regime do precatório”.

3. “A Lei nº 5.172, de 1966, que instituiu o Código Tributário Nacional, previu a compensação como hipótese de extinção do crédito tributário (art. 156, I), cometendo, todavia, à lei dispor a respeito das respectivas condições (art. 170)”.

4. “No âmbito federal, essa regulamentação só veio a ocorrer vinte cinco anos depois, pelo artigo 66, da Lei nº 8.383, de 1991, na redação dada pela Lei nº 9.069, de 1995...”.

5. “Com a Instrução Normativa nº 67, do Diretor do Departamento da Receita Federal, impondo diversas limitações para a efetivação da compensação, ficou inviabilizada, na via administrativa, a consecução de tal procedimento extintivo do crédito tributário, especialmente o referente aos valores indevidamente recolhidos como Contribuição para o Finsocial com os valores devidos à guisa de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins;”

6. “O instituto da compensação é originário do direito privado, cuja definição, conteúdo e alcance, nos termos do artigo 109 do Código Tributário Nacional, devem ser respeitados pela lei tributária”.

7. “Não compreenderia, nessa linha, que, impondo tal exigência às demais leis, o Código Tributário Nacional fosse adotar, no seu próprio texto, outro conceito para a compensação em matéria tributária. Por isso, ou a compensação prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991, tem a mesma natureza da compensação prevista nos artigos 156, I e 170 do Código Tributário Nacional, ou aquela não pode subsistir em razão da contrariedade a este diploma legal, que tem força de lei complementar”.

8. “O que parece dar à compensação em matéria tributária um perfil diferente é resultado do contexto da discussão, a qual se trava em torno de valores que devem ser creditados no âmbito de um lançamento por homologação. Nesse regime, o contribuinte identifica o fato gerador da obrigação tributária, calcula o montante do tributo devido e antecipa o respectivo pagamento (CTN, art. 150), nesse sentido de que recolhe o tributo antes da

constituição do crédito pela autoridade administrativa. Quis, se ele tem créditos contra a Fazenda Pública? Nesse caso, ao invés de recolher o tributo, o contribuinte registra o crédito na escrita, anulando o débito correspondente. Numa hipótese como na outra – vale dizer, a antecipação do pagamento, bem assim a do registro do crédito – o procedimento tem caráter precário, valendo até a respectiva revisão, para cujo efeito a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos (CTN, art. 150, § 4º). O pagamento ou a compensação, propriamente, enquanto hipóteses de extinção do crédito tributário, só serão reconhecidos por meio da homologação formal do procedimento ou depois de decorrido o prazo legal para a constituição do crédito tributário, ou de diferenças deste (CTN, art. 156, incisos VII e II, respectivamente)”.

9. “O procedimento do lançamento por homologação é de natureza administrativa, não podendo o juiz fazer as vezes desta. Nessa hipótese, está-se diante de uma compensação por homologação da autoridade fazendária. Ao invés de antecipar o pagamento do tributo, o contribuinte registra na escrita fiscal o crédito oponível à Fazenda Pública, recolhendo apenas o saldo eventualmente devido. A homologação subsequente, se for o caso, corresponde à constituição do crédito tributário que, nessa modalidade de lançamento fiscal, se extingue concomitantemente pelo efeito de pagamento que isso implica.”

10. “A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins foi criada em substituição à Contribuição para o Finsocial, com as mesmas características desta. Ambas são da mesma espécie tributária nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383, de 1991. Agora, esta conclusão não vale para a Contribuição Social sobre o Lucro (outro fato gerador), para as Contribuições Previdenciárias (fato gerador diverso), para a Contribuição para o PIS (destinação diferente) e, muito menos, para os impostos”.

11. “A compensação, nos tributos lançados por homologação, independe de pedido à Receita Federal. A lei não pode prever esse procedimento, que de resto sujeitará o contribuinte aos recolhimentos dos tributos devidos enquanto a Administração não se manifestasse a respeito. A correção monetária do indébito se dá a partir do recolhimento indevido. A limitação da atualização do crédito frustraria as finalidades da compensação.”

(V. Embargos de Divergência no REsp. nº 78301/BA- relatado pelo Min. Ari Pargendler)

Com efeito, a favor da Contribuinte emanam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do FINSOCIAL, cujo pagamento do tributo em alíquota que excedeu a 0,5% é plenamente compensável com a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, fato motivador da inclusão do inciso III no artigo 17 da Medida Provisória nº 1.175, de 27.10.95, sucessivamente reeditada na Medida Provisória nº 1.699 (art. 18), Medida Provisória nº 1.770-44, e, até o presente momento, na Medida Provisória nº 1.863-51, que dispensa a constituição de créditos, a inscrição como Dívida Ativa da União e o ajuizamento da execução fiscal e cancela o lançamento e a inscrição da parcela da Contribuição para

Financiamento da Seguridade Social – COFINS exigida das empresas vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1998, na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento, conforme Leis nºs 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 1998, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

Aliando-se ao que foi colocado, a Fazenda Nacional, no âmbito das contendas junto ao Poder Judiciário, sempre alegou a possibilidade de o contribuinte realizar individualmente a compensação de tributos da mesma espécie no âmbito do lançamento por homologação, sujeitando-se a posterior verificação fiscal.

No entanto, a questão em apreço não pode ficar sem o julgamento pelo fato dessa possibilidade, sendo que, para o julgamento, há que se ter a absoluta certeza de que: (i) a recorrente realmente detém créditos de FINSOCIAL compensáveis; (ii) não realizou compensação de tais créditos com outras obrigações tributárias vincendas; e (iii) os valores que porventura tenha como crédito, atualizados na forma que entenda a Recorrente como correta, não foram compensados indevidamente ou a maior com parcelas vincendas.

Diante desses argumentos, com o objetivo de privilegiar o princípio da economia processual e enriquecer a instrução deste processo para que seja possível seu julgamento, além do acima aduzido, o disposto no Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, IN SRF nº 21/97, com as alterações da IN SRF nº 73/97, bem como Parecer COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998, voto no sentido de converter o julgamento do recurso em diligência à repartição de origem, a fim de que a mesma, CONCLUSIVAMENTE:

INTIME a Contribuinte para demonstrar, através de documentos e planilhas de cálculo:

a) (i) o crédito tributário de FINSOCIAL que possua contra a Fazenda Nacional; (ii) o critério jurídico e aritmético de atualização monetária dos valores; (iii) a compensação realizada e os respectivos tributos contrapostos ao crédito;

b) CONFIRME se a Contribuinte efetuou recolhimentos do FINSOCIAL sob alíquota superior a 0,5%, sob a égide das Leis nºs 7.689, de 1988, 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, e nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

c).DEMONSTRE o cálculo dos créditos compensáveis, via sistema, segundo as normas aplicáveis;

d).INFORME qual o critério adotado para a **correção monetária** dos aludidos saldos, indicando os índices empregados;

e) VERIFIQUE se a Recorrente realizou, **no âmbito** do lançamento por homologação, compensação dos créditos de FINSOCIAL obtidos na sentença judicial com os **débitos** da COFINS (além daqueles que foram objeto da **medida** judicial), por meio de fiscalização; e

f) ELABORE breve relatório conclusivo acerca da **diligência**, apontando os eventuais créditos disponíveis para a **compensação**.

Posteriormente, realizando o BLOQUEIO dos créditos tributários apurados pela repartição de origem, oferecer à Recorrente o direito de emitir pronunciamento acerca do **resultado** da diligência. Em seguida, providenciar o retorno dos autos a esta Câmara.”.

O Sr. Procurador da Fazenda Nacional tomou ciência, regularmente, da Resolução nº 202-00.219 (fls. 74).

Em atendimento à diligência determinada pelo E. Segundo Conselho de Contribuintes foi decretada, pela DRF em Manaus/ AM, a execução de Procedimento Fiscal (fls. 77), para a verificação de compensação/ressarcimento/restituição de tributos relacionados à empresa SOVEL DA AMAZÔNIA LTDA. A Contribuinte dele foi cientificada em 27/06/2002.

Em seqüência, a Interessada foi Intimada a apresentar esclarecimentos (fls. 79) com referência ao PIS (matéria que não é objeto deste processo, mas realizada por recomendação da SEORT, às fls. 87 do Processo nº 10283.000372/97-67) e ao FINSOCIAL (objeto deste processo), acompanhados de documentação comprobatória. A Fiscalização da DRF em Manaus/ AM requereu, especificamente: (a) Quanto ao PIS: que a empresa informasse, por escrito, em que livro contábil (número e folhas) estão registrados os lançamentos que identificam o saldo credor do PIS, objeto do processo respectivo, assim como a compensação mencionada no requerimento datada de 31/01/1997; (b) Em relação ao FINSOCIAL: (i) informar o valor contabilizado a recuperar do FINSOCIAL que possua contra a Fazenda Nacional, apresentando documentos e planilhas de cálculo; (ii) informar o critério jurídico e aritmético utilizado para atualização dos referidos valores; (iii) informar a compensação realizada, mencionada no requerimento da empresa datado de 19/12/1996, e os respectivos tributos contrapostos ao crédito.

A Contribuinte se manifestou às folhas 81 dos autos, informando que:

- Quanto ao PIS: deixa de informar em que livro contábil estão os lançamentos que identificam o saldo credor do PIS assim como sua compensação, pelo motivo de, à época do fato, a inconstitucionalidade da redução dos prazos de vencimento do mesmo não era conhecida. Portanto, na ocasião do pagamento, não ficou saldo credor, embora este fato possa ser facilmente identificado pelas Guias (DARF's) de recolhimento que fazem parte do processo objeto do questionamento.
- Quanto ao FINSOCIAL: (a) no que se refere a este tópico, vale a resposta dada em relação ao PIS, ou seja, os documentos e planilhas de cálculo já são partes integrantes do respectivo processo e o fato em

questão pode ser facilmente identificado pelas Guias (DARF's) de recolhimento; (b) os critérios jurídico e aritmético que utilizou para atualização dos valores em questão são os mesmos usados pela Receita Federal, ou seja: transformar o débito em UFIR, reconverter para REAL e aplicar JUROS mais TAXA SELIC; (c) que não foi realizada nenhuma compensação e que o processo em análise foi orientado justamente para que a empresa pudesse realizar a compensação requerida.

Às fls. 83/85 consta o "Relatório" da diligência realizada. Basicamente, quanto ao FINSOCIAL, informa que:

1. a empresa revela não ter feito qualquer registro contábil dos valores que reivindica;

2. reafirma que as planilhas são as que constam das fls. 16 e os cálculos são os praticados pela SRF.

O AFRF designado acrescenta, ainda, que: (a) a contribuinte efetuou recolhimentos do FINSOCIAL com alíquota superior a 0,5% de setembro de 1989 a março de 1992, pagamentos estes relacionados às fls. 16 dos autos e comprovados mediante documentos anexados ao processo; (b) as diferenças do FINSOCIAL pagas a maior foram calculadas pela Fiscalização com base na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR Nº 08/97, anexada às fls. 86 dos autos; (c) o critério adotado nos cálculos efetuados pela Fiscalização é o determinado pela Norma de Execução SRF/COSIT/COSAR nº 08/97; (d) não existe na contabilidade da contribuinte qualquer lançamento com relação aos créditos que diz possuir contra a Fazenda Nacional oriundos das diferenças sobre os recolhimentos efetuados a maior, assim como inexistente qualquer compensação que diz ter realizado com esses créditos contrapostos a débitos vencidos ou vincendos, o que foi confirmado pela Interessada às fls. 81; (e) salienta que, s.m.j., a falta da escrituração contábil de tais valores revela uma inobservância às leis fiscais e cria dúvidas para a indagação de que exista realmente crédito contábil para ser realizado como restituição ou compensação; (f) conclui que, na hipótese destes autos, não existe o referido crédito, nem para um, nem para outro; (g) destaca que, por ocasião da entrada do Requerimento, em 19/12/1996, a contribuinte deveria ter promovido a escrituração contábil desses valores, levando a diferença paga a maior ao Ativo (Impostos a Recuperar) e a contra-partida creditando Receitas a qualquer tipo, oferecendo estas à tributação, considerado que, quando efetuou recolhimentos a maior, a diferença a maior foi utilizada para subtração da Receita Bruta refletindo na redução do Lucro Líquido e Lucro Real e, em consequência, Imposto de Renda devido calculado a menor, assim como a Contribuição Social; (h) ressalta que, não efetuando esses lançamentos, o Imposto de Renda e a Contribuição deixaram de ser ressarcidos pelo abate a maior nos períodos de 1989 a 1992 e que restituir o que foi pago a maior enseja perguntar como ficaria o ressarcimento do Imposto de Renda e da Contribuição Social que tiveram seus valores reduzidos; (i) aponta que o art. 7º e § da IN 073/97 disciplina as condições para efeito do assunto em questão e que a alínea "f" da Resolução 202-00.219 (fls. 72), a qual foi atendida na hipótese vertente, recomenda apontar os eventuais créditos disponíveis para compensação, sendo que, no caso destes autos, não existem créditos na contabilidade da empresa interessada; existe apenas uma planilha às fls. 16 referente a pagamentos a maior que a alíquota de 0,5% de setembro de 1989 a março de 1992; (j) conclui que "a constituição desses créditos através de lançamento contábil como princípio básico

para regularizar os valores em questão (o que atenderia às duas partes), deixou de ser feita, assim como qualquer tipo de compensação (como alegou ter realizado a contribuinte em seu Requerimento datado de 19/12/1996 e desmentido na sua correspondência datada de 16/07/2002, às fls. 81).

Às fls. 86/110 constam planilhas referentes aos pagamentos a maior do FINSOCIAL devidamente atualizados, planilhas relativas a valores do FINSOCIAL subtraídos da Receita Bruta e DARF's de pagamento do mesmo FINSOCIAL, todos referentes ao período de setembro/89 a março de 1992. Constam, também, cópias das Declarações de IRPJ de 1990 a 1995.

Em 01/08/2002, a Procuradora da contribuinte recebeu cópias dos autos, na íntegra (fls 115), embora não tenha sido intimada a se manifestar sobre o resultado da diligência efetuada.

À fl. 116 consta o encaminhamento do processo ao Segundo Conselho de Contribuintes e, à fl. 117, seu envio a este Terceiro Conselho, por força do disposto no Decreto nº 4.395, de 27/09/2002.

Esta Conselheira o recebeu, por sorteio, numerado até a folha 118 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Terceiro Conselho.

Em 11 de novembro de 2004, este processo foi colocado em pauta, para prosseguimento.

Esta Conselheira-Relatora, contudo, verificou que não constava dos autos a intimação e a abertura de vistas do resultado da diligência ao interessado, abrindo-se prazo para sua manifestação, se assim o desejasse, conforme determinado pela Resolução nº 202-00.219.

Em assim sendo, após relatar os fatos ocorridos, votei por converter o julgamento do litígio em nova diligência, para que tal providência fosse efetivada. Meus I. Pares acolheram a preliminar argüida, por unanimidade, originando-se, assim, a Resolução nº 302-1.177 (fls. 119/136).

Em seqüência, foram os autos encaminhados à DRF em Manaus, para as providências pertinentes.

Nessa esteira, foi emitido o Termo de Intimação de fl. 139, pelo qual foram encaminhados ao interessado, para sua ciência, os seguintes documentos: (a) cópia do Termo de Encerramento de Diligência Fiscal, lavrado em 17/08/2002; e (b) cópia do inteiro teor da Resolução nº 302-1.177, de 11/11/2004.

Foi-lhe aberto o prazo de 30 dias, a partir do recebimento do citado Termo, para sua manifestação, caso houvesse interesse.

Conforme AR à fl. 140, a empresa-recorrente tomou ciência daquele documento em 04/05/2005.

Às fls. 141 a 150 constam: (a) solicitação de cópia de documentos; (b) Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da empresa Sovel da Amazônia; (c) cópias do CPF e do RG do sócio da empresa, Sr. Nasser Yacub; (d) cópia do RG da Sra. Lucila Caldeira Martins, procuradora da pessoa jurídica em questão; (e) instrumento de procuração; (f) Alteração Contratual da Sociedade Limitada Sovel da Amazônia Ltda.

Em 26 de maio de 2006, o presente processo retornou a este Colegiado, sem que a empresa-interessada tivesse apresentado, até aquela data, qualquer manifestação em relação ao Termo de Encerramento de Diligência Fiscal e à Resolução nº 302-1.177.

É o Relatório.

A Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes deu provimento ao Recurso Voluntário mediante o Acórdão nº 302-37.955 (fls. 152/180), de 25/08/2006, cuja ementa transcrevo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Exercício: 1989

Ementa:

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DIREITO RECONHECIDO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data em que o contribuinte teve seu direito reconhecido pela Administração Tributária, no caso a da publicação da MP 1.110/95, que se deu em 31/08/1995. Dessarte, a decadência só atinge os pedidos formulados a partir de 01/09/2000, inclusive, o que não é o caso dos autos.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, alegando interpretação divergente de lei tributária, interpôs Recurso Especial às fls. 182/187 contra a decisão supra. Por meio do Despacho nº 302-0.016 (fls. 188/190) deu-se seguimento ao recurso do Procurador.

É o relatório. 

Voto

Conselheiro HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Relator

O recurso merece ser conhecido por ser tempestivo e atender aos demais pressupostos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Antes de adentrar-se na questão de mérito, necessário se faz analisar preliminar de nulidade do acórdão recorrido, que suscito de ofício, pelas razões seguintes:

Compulsando os autos, verifica-se que o indeferimento, por parte da Delegacia da Receita Federal do Brasil, e também, da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, deu-se em razão de esses órgãos da Receita Federal entenderem que o crédito resultante de pagamento realizado à base de lei inconstitucional só pode ser compensado por meio de sentença judicial, visto que à Administração não competiria realizar o controle de constitucionalidade das leis. Outro motivo alegado para indeferir a compensação dos créditos pleiteados foi que a compensação, no âmbito dos tributos por homologação, competiria ao contribuinte, que seria o responsável pela apuração da liquidez e certeza dos créditos a compensar com os débitos, não cabendo ao fisco homologar cálculos que não são de sua responsabilidade. Todavia, o acórdão recorrido, julgou o recurso voluntário como se a matéria nele trazida versasse sobre prescrição/decadência do direito à repetição e, em razão desse equívoco, julgou a questão, afastou a prejudicial e devolveu os autos ao órgão julgador de primeira instância para que examinasse as demais circunstâncias do pedido.

A meu sentir, o acórdão vergastado padece de nulidade, posto que julgou matéria alheia a que foi devolvida ao Colegiado, e, de outro lado, deixou de apreciar a que deveria ter sido enfrentada. Esclareça-se, por oportuno, que, muito embora a matéria enfrentada tenha sido a decadência, que poderia ser analisada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, no caso dos autos, o exame foi indevido, pois o motivo que levou o órgão julgador de primeira instância a indeferir o pedido de restituição/compensação não foi a extinção do direito à repetir, o que justificaria a posição adotada pela câmara recorrida. Também poderia haver análise, de ofício, da prejudicial em questão, se esse Colegiado tivesse declarado a prescrição do direito a pleitear o indébito, mas esse não foi o caso.

Com essas considerações, entendo que se deve anular o acórdão recorrido para que outro seja proferido, na boa forma procedimental.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2009.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES