



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10830.003025/99-31
SESSÃO DE : 01 de dezembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582
RECURSO Nº : 128.195
RECORRENTE : IMB – INDÚSTRIA METALÚRGICA BAGAROLLI
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

O direito de se 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.

Por esta via, o termo *a quo* para o pedido de restituição começa a contar da data da publicação da MP nº 1.110 em 31/10/95 – p. 013397, posto que foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%.

PRECEDENTES: AC. CSRF/03-04.227, 301-31.406, 301-31404 e 301-31.321.

Recurso provido com retorno do processo à DRJ para exame do pedido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência, retornando-se o processo à DRJ para exame, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 01 de dezembro de 2004


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Ausente o Conselheiro CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582
RECORRENTE : IMB – INDÚSTRIA METALÚRGICA BAGAROLLI
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

RELATÓRIO

Versa a matéria sob exame sobre pedidos de compensação, envolvendo cada qual, simultaneamente, créditos a compensar de FINSOCIAL, CSLL e ILL. Entretanto, este Julgador restringirá a sua apreciação à análise ao Finsocial em razão do alcance da competência atribuída a este Conselho, de acordo com o art. 9º - XVII do RICC, com redação dada pela Portaria MF nº 1.132, de 30/09/02.

A recorrente já identificada, motivado pelo art. 17 da MP 1.110/95 formalizou junto a Delegacia da Receita Federal em Campinas-SP, em 30/04/99 (fls. 01/02, 51, 56 e 60), pedidos de restituição/compensação de valores recolhidos à alíquota excedente a 0,5% de FINSOCIAL no período de set/89 a fev/92, conforme planilhas de fls. 3/4 e DARF's de fls. 14/24, com fundamento nas IN/SRF Nº 21/97 e 73/97, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 7.689/88 pelo STF, com débitos diversos de tributos ou contribuições administrados pela SRF.

Às fls. 38/40, a interessada colaciona nos autos cópia do Termo de Desistência da Ação de Repetição de Indébito, processo nº 94.03.095544-9, que litiga contra a União Federal, em fase executória, visando à compensação de seu crédito judicial com quaisquer outros tributos e contribuições administrados pela SRF, ainda que não sejam da mesma espécie, nem tenham a mesma destinação constitucional, na esfera administrativa, inobstante o trânsito em julgado.

No mesmo Termo compromete-se a saldar eventuais custos remanescentes, se existentes, com textual dispensa dos antecipados, bem como expressamente renuncia ao seu direito no auferimento da verba honorária fixada pelo princípio de sucumbência.

O Serviço de Arrecadação da DRF/Campinas às fls. 41/44, através de Papeleta de Comprovação de Pagamento atesta as quitações dos DARF's dela constantes.

Em Despacho Decisório nº 10.830/GD/0302/2001, de 30/05/01 (fl. 71), o Serviço de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Campinas-SP, com base no Ato Declaratório/SRF nº 96/99, consubstanciados nos arts. 165-I e 168-I do CTN, indefere a solicitação apresentada, por extinção do prazo para o atendimento do pleito formulado às fls.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

Manifestando o seu inconformismo a postulante (fls. 74/85) contestou o entendimento firmado no referido despacho, arguindo sucintamente:

- Sobre a decadência do direito de restituição/compensação do indébito tributário já mencionado, defende que o Parecer COSIT Nº 58/98 admitiu expressamente o direito à restituição/compensação de tributos federais pagos e posteriormente declarados totalmente ou parcialmente inconstitucionais pelo STF, no prazo de cinco anos contados da data da publicação da Resolução do Senado Federal ou da data da publicação do ato do SRF a que se refere o Decreto 2.346/97.
- Que a orientação da Coordenação Geral do Sistema de Tributação – COSIT reconhece que o contribuinte que pagou a maior a contribuição ao PIS com base nos DDL 2.445 e 2.449/88 e a contribuição ao FINSOCIAL com base nas Leis 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, incidentalmente julgados inconstitucionais pelo STF, tem direito creditório contra a Fazenda Nacional, em virtude, respectivamente, da Resolução do Senado 49/95 e do art. 18, inciso III, da MP 1.110/95, cuja reedição mais recente é a de nº 1.770-49/99.
- Que a correção dos valores compensados/restituídos, em favor da contribuinte, serão efetuados de acordo com a NE Conjunta COSIT/COSAR 08/97.
- Que o ADN/SRF 96/99 versa sobre tributo ou contribuição declarado inconstitucional pelo STF contrariando todo o entendimento exarado anteriormente em decisões judiciais e administrativas sobre o prazo decadencial para se pleitear a restituição ou compensação de tributo ou contribuição, pago inicialmente e cumprimento da legislação em vigor à época.
- Que a matéria de fato e de direito em que se fundamenta o ADN/SRF nº 96/99, é ilegal por defeito de motivo e de objeto, afrontando os princípios esculpidos no art. 37, CF/88.
- Porquanto visa a aplicação do prazo de cinco anos como prazo de prescrição, a contar da data do respectivo pagamento o referido Ato Declaratório é ilegal, pois se tratando de inconstitucionalidade o prazo de cinco anos para exercer o direito à restituição/compensação inicia-se com a publicação da Resolução do Senado Federal.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº. : 301-31.582

- Que até a publicação do ADN/SRF nº 96/99, com base no Parecer COSIT nº 58/98, de 27/10/98, os Delegados e Inspectores da Receita Federal estavam autorizados a restituir/compensar tributo pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF no prazo de cinco anos contados da publicação da Resolução do Senado Federal.
- Nessa linha de entendimento e também possuindo ação judicial transitada em julgado favoravelmente na Justiça Federal a impugnante entrou com pedido de compensação junto a Delegacia da Receita Federal de sua jurisdição, utilizando-se das orientações constantes da IN/SRF nº 21/97, com alterações introduzidas pela IN/SRF nº 73/97 e a Delegacia, mesmo com todas as decisões superiores favoráveis tanto na esfera administrativa quanto na judicial, indeferiu o pedido, alegando que o direito de pleitear o crédito do FINSOCIAL havia decaído, utilizando-se para esse fim de medida inferior não normativa, publicada no DOU de 30/11/99, que é o ADN/SRF nº 96/99.

Requer a nulidade do Despacho Decisório da SASIT de fl. 71, mediante o afastamento dos efeitos normativos do ADN/SRF nº 96/99, que tratou equivocadamente de tributo ou contribuição julgado inconstitucional, bem como que seja reconhecido o seu direito creditório no montante indicado na planilha constante do processo administrativo em questão para ser compensado com seus débitos, sendo posteriormente homologada a compensação mediante expedição ao final do documento comprobatório de compensação, nos termos da IN nº 21/97 e 73/97.

A Decisão DRJ/CPS nº 1.475/02, de 25/06/02 (fls. 93/102) prolatou o acórdão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“RESTITUIÇÃO DE INDEBITO. DECADÊNCIAL

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Consoante as novéis Carta Política e Lei da Seguridade Social, o direito de a contribuinte pleitear a restituição do Fundo de Investimento Social – Finsocial segue o disposto para os demais tributos e contribuições.

CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

*O crédito tributário é extinto pelo pagamento, não influenciando, na contagem do prazo para pleitear a repetição de indébito, o fato de ter sido sob condição resolutória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
Solicitação indeferida."*

Defende a decisão que por força do art. 149 da CF/88, que remete ao art. 146-III, "b", as contribuições sociais submeteram-se às normas gerais em matéria de legislação tributária e, nesse sentido, em decorrência e na falta da lei especial tratando de prescrição de indébito relativo ao Finsocial, afiguram-se aplicáveis as disposições sobre a matéria previstas no CTN, que no seu art. 168, combinado com o art. 165-I, prevê que o direito de a contribuinte pleitear restituição, de tributo devido ou maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Argúi que nesse diapasão o art. 122 do Decreto nº 92.698/86, "que estabelece que o direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos, contados (DL nº 2.049/83, art. 9º)", restou não recepcionado pelo novo ordenamento jurídico, por não estar fundado na lei geral sobre tributação e nem mesmo em lei especial derogatória, conclusão essa que já foi esposada pelo próprio Parecer COSIT nº 58/98, em seu item 30, que se encontra consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 437/98.

Que noutra enfoque é de se ter em mente que a Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei 8.212/91, instituindo o Plano de Custeio da Seguridade, tratou, entre outras, da contribuição para o Finsocial, dos prazos de decadência e de prescrição de o Fisco constituir e exigir seus créditos, artigos 45 e 46, respectivamente, dispondo, ainda, em seu artigo 88 que: "os prazos de prescrição de que goza a União aplicam-se à Seguridade Social, ressalvado o disposto no art. 46".

Notificada da decisão de primeira instância mediante oposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 22/05/03 (fl. 108), a postulante avia o seu recurso voluntário em 10/06/03 (fls. 109/124), portanto, tempestivamente, para arguir sucintamente:

Em caráter preliminar – O Finsocial foi regulamentado pelo Dec. 92.698/86 – RECOFIS/86, no qual se encontra expressamente previsto em seu art. 122 que o direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos, contados (DL nº 2.049/83, art. 9º). Portanto, tratando-se de prescrição, o prazo estabelecido no Ato Declaratório SRF 96/99 não pode alterar o prazo estabelecido através do Decreto nº 92.698/86, que lhe é hierarquicamente superior, conforme regra disposta no art. 100 do CTN.

Que nos indébitos originários de pagamentos reconhecidos como indevidos, no contexto de solução jurídica conflituosa, a decisão judicial definitiva é

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

que deve marcar o termo inicial da decadência para o exercício do direito à restituição do respectivo valor, sendo essa situação jurídica reconhecida através da IN/SRF nº 31/97, no tocante ao Finsocial.

O art. 77 da Lei 9.430/96 autoriza o Poder Executivo a não aplicar os dispositivos declarados inconstitucionais, no que é corroborado pelo Decreto nº 2.346/97, que em seu artigo 4º permite que o SRF e também o PGFN adotem, no âmbito de suas competências, o entendimento materializado nas decisões definitivas do STF que declarem a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo.

Defende a ora recorrente o prazo de dez anos para a prescrição do direito à repetição do indébito, entendimento esse segundo a mesma, definido pelo STJ pelas suas duas Turmas, o qual entende que a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de dez anos, sendo cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito.

Finalmente, requer a improcedência do despacho que determinou o indeferimento do pedido de restituição, restabelecendo o seu legítimo direito à restituição dos valores pago a maior a título de Finsocial por ser medida de inteira justiça.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

VOTO

A matéria versa sobre o reconhecimento do direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota de 0,5%, 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, apesar de reconhecer o direito creditório, nos termos do artigo 165, inciso 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 artigo 168, inciso 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 á restituição do indébito (art. 165, I CTN).

Logo, depreende-se que o cerne da querela restringe-se à 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 juízo *a quo*, é importante registrar que para que se cogite 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 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.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

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 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.195
ACÓRDÃO Nº : 301-31.582

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário interposto, por preencher os requisitos à sua admissibilidade para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne à prescrição, devendo os autos ser remetido à DRJ para o exame do pedido.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 01 de dezembro de 2004



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Relator