



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Recorrente : IRMÃOS CARNEIRO LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

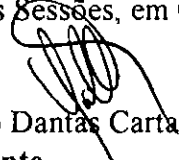
FINSOCIAL - CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DIREITO DE REPETIR O INDÉBITO TRIBUTÁRIO - RESTITUIÇÃO – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE - O termo *a quo* do prazo prescricional do direito de pleitear restituição ou compensação relativo ao recolhimento de tributo efetuado indevidamente ou a maior que o devido em razão de julgamento da inconstitucionalidade das majorações da alíquota, pelo Supremo Tribunal Federal, é o momento em que o contribuinte teve reconhecido seu direito pela autoridade tributária (MP nº 1.110, de 31.08.95). Devida a restituição, ou compensação com outros tributos, dos valores recolhidos ao FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), majorada pelas leis já declaradas inconstitucionais pelo STF, com débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **IRMÃOS CARNEIRO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002.


Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente


Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antônio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva.

Imp/cf



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Recorrente : IRMÃOS CARNEIRO LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pelo Delegado da DRJ em Campinas - SP, referente ao indeferimento à solicitação de restituição de indébito relativo ao FINSOCIAL e compensação com as parcelas vincendas do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, apresentada em 14/10/1999.

Os créditos pretendidos referem-se à apuração de outubro/1989 a março de 1992, referente a pagamentos efetuados entre 03/11/89 a 01/04/92, conforme Planilha de fl. 03.

A autoridade singular relatou como segue:

“Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de meio por cento, no período de outubro de 1989 a março de 1992.

A autoridade fiscal indeferiu o pedido (fl. 22), sob a alegação de que o direito de o contribuinte pleitear a restituição ou compensação do indébito estaria decaído, pois o prazo para repetição de indébitos relativos a tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício dos controles difuso e concentrado da constitucionalidade das leis, seria de cinco anos, contado da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

O contribuinte impugnou o despacho decisório em 26/01/2000 (fls. 33/38). A impugnação baseou-se, em síntese, na alegação de que a extinção do crédito tributário relativo aos tributos lançados por homologação somente se materializaria com a ocorrência dessa última; e que, tendo havido a homologação tácita dos pagamentos antecipados, pela ausência de manifestação da autoridade fiscal, o prazo decadencial do direito de o contribuinte pleitear a repetição do indébito decai em dez anos, a partir da ocorrência dos fatos geradores.

Com fundamento no Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, ainda na mesma matéria, o interessado alega que também teria uma contagem favorecida do prazo decadencial para a repetição de possível indébito de tributo pago com base em lei declarada inconstitucional, i. é, 05 (cinco) anos, ‘contados da data do ato que conceda ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição’, in casu, a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 49/1995 (10/10/1995).



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Aduziu ainda que o despacho denegatório do pedido de compensação/restituição desrespeitou os princípios constitucionais da segurança jurídica, além de proferir uma decisão em total afronta aos preceitos legais vigentes."

Fundamentando sua decisão, expediu a seguinte ementa:

"Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDEBITO. DECADÊNCIA

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago 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 Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Notificada pessoalmente da decisão em 03/10/2000 e inconformada com a negativa da referida autoridade, a interessada apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes em 17/10/2000, alegando as seguinte razões de divergir da decisão:

- improcedente a primícia da qual partem as autoridades que negaram o direito da recorrente, pois que *"o direito de pleitear a devolução daquilo que foi pago indevidamente se inicia no mesmo instante em que o sujeito passivo da obrigação tributária passa a dispor de ação instrumentável para o fim de obter a condenação do fisco a que restitua a quantia com que se haja locupletado."* Para tanto reproduz jurisprudência do TRF da 3ª Região;
- aduz, também, que, através da MP nº 1.175, de 1995, o Poder Executivo determinou não mais ser cabível a exigência da exação à alíquota superior a 0,5% (art. 17, inciso III);
- acresce que, não bastasse essa tese, tem-se, também, que a doutrina e a jurisprudência judicial, as quais cita fartamente, preconizam o prazo de 10 anos para a prescrição do direito de ação, ou seja, de pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior; e
- a autoridade singular baseia sua decisão no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/99, para negar o direito da recorrente. Entretanto, o referido instrumento normativo aponta claramente que o prazo para pleitear a restituição de tributos é de cinco anos contados da **extinção** do crédito tributário. Daí tece extenso raciocínio calcado em decisões judiciais, de que a extinção do crédito se dá somente após a homologação do lançamento expressa ou tácita, realizada pela administração. Se a homologação se dá, tacitamente, após decorridos cinco anos do fato gerador, então somente a partir dele começa a fluir o prazo prescricional, conforme ditame do CTN e entendimento do referido Ato.



Processo nº : 10855.003313/99-35

Recurso nº : 116.010

Acórdão nº : 203-08.299

Requer, ao final, o provimento do recurso, bem como a reforma das decisões prolatadas; o reconhecimento do crédito da recorrente em face da mudança da alíquota do tributo; o retorno à DRF em Sorocaba – SP para que seja realizada a compensação dos débitos em questão, nos termos das Instruções Normativas SRF nº 21 e nº 73, de 1997; e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão do art. 151, inciso III, do CTN.

Não prevista a efetivação de depósito recursal para os casos de pedido de compensação.

É o relatório.



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Atendidos os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Visa o presente litígio, exclusivamente, definir a existência ou não do direito à restituição e compensação, na data solicitada pela recorrente, dos valores recolhidos a título de Contribuição para o FINSOCIAL sob a égide das leis que majoraram a alíquota acima de 0,5%, prevista no Decreto-Lei de sua instituição, de nº 1.940/82, quais sejam, Lei nº 7.787/89 – alíquota de 1% sobre o faturamento a partir de 09/1989; Lei nº 7.894/89 – 1,2% sobre o faturamento a partir de 01/90; e Lei nº 8.147/91 – 2,0% sobre o faturamento a partir de janeiro de 1991, que vigeu até março de 1992.

Este Conselho, bem como o Primeiro, tem prolatado votos e acórdãos no sentido de reconhecer o direito à restituição e compensação dos valores recolhidos no percentual acima de 0,5% relativos ao FINSOCIAL. A querela prende-se somente à definição do *die a quo* do referido direito.

Transcrevo abaixo excertos do voto expedido, com preciso raciocínio jurídico, pela relatora Luiza Helena Galante de Moraes, em Sessão realizada em 11/07/2001, referente ao Recurso nº 116.043, que gerou o Acórdão nº 201-75.075, que adoto no presente julgado:

“DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA

Constata-se que o fundamento do indeferimento do pleito da contribuinte pelas autoridades administrativas foi a suposta operação do instituto da prescrição, que pretendem seja caracterizada pelo decurso de prazo, tomado como termo a quo o pagamento do tributo.

Para tanto, fulcram o indeferimento da solicitação administrativa no art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Inobstante a lógica adotada na premissa da autoridade, a decisão ora atacada não pode prosperar.

A decisão da Delegacia da Receita Federal de indeferir o pedido de restituição, por ter sido o mesmo protocolizado em prazo superior a cinco anos da data de extinção do crédito tributário, é manifestamente contrária ao nosso entendimento.

A prescrição quinquenal é segurança jurídica. A questão surge quando se enfrenta o prazo a quo, e aí há que se levar em conta se a parte estaria juridicamente possibilitada a pedir e dormiu ou se isto não era possível. Nos presentes autos, sem que houvesse certeza jurídica, era inócuo o pedido. Assim,



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

entendemos que o prazo começa a fluir do julgamento irrekorrvível e definitivo pela mais alta esfera capaz de fazê-lo.

Quando do pagamento da exação em tela, não havia decisão judicial irrekorrvível proferida pela Corte Suprema no sentido de ser ou não devido o recolhimento nos termos em que era exigido pelo Fisco. Destarte, os contribuintes efetuaram os recolhimentos ao FINSOCIAL à base de cálculo e alíquotas exigidas pelo Fisco nos períodos de apuração ocorridos.

Entretanto, quando do julgamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, de Recurso Extraordinário, em que teve a oportunidade de, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade das leis que majoram a alíquota do FINSOCIAL, aos demais contribuintes, ainda que não abrangidos pela eficácia da decisão proferida, surgiu o direito à restituição dos valores pagos a maior.

Não resta dúvida de que o prazo será sempre o do art. 168, I, do CTN, a não ser que lei complementar o modifique. O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário é também de 05 anos, tendo como termo a quo sempre o fato gerador, em atenção ao princípio do ato vinculado, que obriga o Fisco a notificar o contribuinte faltoso desde então, art. 150, § 4º, do CTN.

Já o contribuinte, para que possa requerer o que entende de direito, não pode basear-se em expectativa de direito, mormente em se tratando de recolhimento a maior exigido por lei; somente quando tal lei for declarada inconstitucional ou ilegal é que fica afastada a iniquidade da pretensão por definitiva da Suprema Corte e que consolida o direito de pleitear a restituição do, agora sim, indébito.

É dizer, o recolhimento foi efetuado a maior não por erro do contribuinte, mas por exigência legal, eis que devido em face da legislação tributária aplicável. Portanto, somente a partir da declaração pelo STF da inconstitucionalidade das leis que majoram a alíquota do FINSOCIAL é que surge ao contribuinte o direito de restituir ou compensar a diferença recolhida a maior, que, a partir de então, se torna indevida, nos termos do inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional. Por isso, é este o termo inicial do prazo prescricional que corre contra o contribuinte para exercer seu direito de ação em face do Estado, buscando a restituição do tributo recolhido indevidamente ou a maior.

[...]

Como vemos, é necessário que se tenha o prazo de prescrição da restituição e/ou compensação a partir da declaração de inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL, tendo em conta os efeitos ex tunc desta decisão, fazendo com que a alteração da exação fosse excluída do mundo jurídico desde sua instituição. Foi, inclusive, nesse sentido, o voto do Ministro Francisco

 6



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Peçanha Martins no julgamento do Resp supracitado [nº 157.034-SC (DJU de 29.05.2000)], que assim se pronunciou:

(...)

Na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade da exação, e, por isso, excluída do ordenamento jurídico desde quando instituída, como ocorreu com a contribuição para o FINSOCIAL criada pelo artigo 9º da Lei nº 7.689, de 1988 (RE 150.764-1/PE, DJ de 02.04.93), penso que a prescrição só pode ser estabelecida em relação à ação e não com referência às parcelas recolhidas porque indevidas desde a sua instituição, tornando-se inexigível e, via de consequência, possibilitando a sua restituição ou compensação. Não há que perquirir se houve ou não homologação. O prazo prescricional só pode ser considerado para efeito do ajuizamento da ação, contado a partir da declaração da inconstitucionalidade. ...". (grifamos)

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORACÕES DA ALÍQUOTA DO FINSOCIAL

Com efeito, ao ensejo do julgamento do RE nº 150.764-1/PE, publicado no DJU em 02/04/1993, o Pretório Excelso, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 9º da Lei nº 7.787/89, 1º da Lei nº 7.894/89 e 1º da Lei nº 8.147/90.

Vale trazer a ementa do referido julgamento pelo Eg. STF, cujo relator foi o eminente Ministro Marco Aurélio:

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PARÂMETROS. NORMAS DE REGÊNCIA. FINSOCIAL. BALIZAMENTO TEMPORAL.

A teor do disposto no art. 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregados a participação mediante bases de incidência próprias – folhas de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1.940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais artigos 95 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional." (grifamos)



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Assim, na esteira da pacífica jurisprudência dos Tribunais, o FINSOCIAL é devido à alíquota e base de cálculo previstas no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940/82, que o instituiu, até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 70/91, a qual instituiu a COFINS, em substituição à Contribuição ao FINSOCIAL.

Em que pese cuidar-se de controle difuso de constitucionalidade, tendo a máxima instância judiciária de nosso ordenamento jurídico se manifestado acerca da questão, os recolhimentos realizados a título de FINSOCIAL devem ser devolvidos ao contribuinte, exatamente como pretendeu a empresa ora recorrente.

No sentido da possibilidade de extensão dos efeitos do julgamento pelo STF aos outros contribuintes, em que pese não se tratar de eficácia *erga omnes*, que, em princípio, só acontece em controle concentrado de constitucionalidade, ou controle em abstrato, colacionamos a ementa, que, tratando de situação análoga, lecionou com ímpar propriedade:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. INCORPORAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 2.365/94, ART. 4º. INCONSTITUCIONALIDADE.

- A suspensão do pagamento da gratificação denominada 'encargos especiais' não viola direito adquirido dos servidores, com apoio no art. 4º da Lei Estadual nº 2.365/94, tendo em vista que este dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

- Embora a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo controle difuso, não há impedimento para que, em casos iguais, aproveitem-se os seus efeitos.

- Precedentes.

- Recurso a que se nega provimento." (STJ – 2ª Turma – RMS nº8.275-RJ, rel. Min. Felix Fischer, julg. unânime, DJU de 07/11/1999). (grifamos)

Ademais, o próprio Governo Federal expediu normas no sentido de determinar a não constituição de créditos tributários baseados em lei ou ato normativo federal, que tivessem sido declarados inconstitucionais pelo Colendo STF.

DA RESTITUIÇÃO – DA COMPENSAÇÃO

Ultrapassadas as preliminares, e estando superados os motivos extintivos do direito da empresa ora recorrente, entendo procedente a pretensão da contribuinte de ter restituída a diferença de recolhimento efetuado com base na alíquota superior a 0,5%, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade das leis que a majoraram, tudo conforme os documentos juntados.

Merece, também, ser agasalhado o pedido de compensação dos referidos valores, formalizado às fls. Diante do entendimento de que é devida a restituição dos valores pagos



Processo nº : 10855.003313/99-35

Recurso nº : 116.010

Acórdão nº : 203-08.299

indevidamente a maior, conforme fundamentação já exposta, entendendo também procedente o pedido de compensação, atendidos os legais requisitos.

Nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, o contribuinte pode efetuar a compensação dos valores referentes a tributos pagos indevidamente ou a maior. Assim, cabível a pretensão da empresa ora recorrente de compensar os valores constantes dos documentos juntados referentes ao recolhimento do FINSOCIAL em alíquota superior, majorada pelas leis já declaradas inconstitucionais pelo Eg. STF.

Na realidade, desde a Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998, e assim em suas sucessivas reedições, passando também pela referida MP nº 1.699-40, foi estabelecido dispositivo que permite a restituição nestes casos, senão vejamos:

A Medida Provisória dispôs:

"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 a inscrição, relativamente:

(...)

III – à Contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689/88, 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 de zero vírgula um por cento sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantias pagas."

O disposto no referido art. 18, dispensando a constituição de crédito da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, e cancelando o lançamento e a inscrição relativamente ao FINSOCIAL, no que tange às majorações de sua alíquota declaradas inconstitucionais pelo STF, restringe a restituição de ofício. Ora, depreende-se que, mediante pedido do contribuinte, perfeitamente viável a restituição ou compensação.

Em 31.08.95, foi publicada a Medida Provisória nº 1.110/95, que trouxe, em seu art. 17, III, o seguinte:

(P)



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

"Art. 17. 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 a inscrição, relativamente:

I

II

III – à contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio 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."

Acresce-se a todo o exposto o fato de o pedido haver sido protocolizado em 14.10.1999, portanto, ainda sob a égide do entendimento externado pelo Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, modificado pelo Ato Declaratório nº 096 somente em 26/11/1999, ou seja, em data posterior à do referido protocolo.

Quanto ao direito de compensação de valores recolhidos a maior entre tributos de espécies diferentes, a Instrução Normativa SRF nº 21, de 10/03/1997, preconiza em seu artigo 12:

"Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

§ 1º A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional."

Complementando esse comando, a Instrução Normativa SRF nº 73, de 1997, alterou o artigo 23 da IN SRF nº 21/97 para autorizar:

"Art. 23. A pessoa jurídica que, até 31 de dezembro de 1997, quiser optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, relativamente ao ano-calendário de 1997, deverá pagar, por esse sistema, todos os impostos e contribuições de que for contribuinte, relativamente a todos os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1997.

§ 1º Os valores devidos, calculados na forma do SIMPLES, relativos a períodos iniciados a partir de janeiro de 1997, poderão ser quitados mediante compensação com os impostos e contribuições pagos por meio de DARF específicos." (destaquei)



Processo nº : 10855.003313/99-35
Recurso nº : 116.010
Acórdão nº : 203-08.299

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, voto pelo provimento do recurso voluntário ora interposto para reconhecer o direito da recorrente à restituição/compensação com parcelas vincendas do SIMPLES, dos valores recolhidos a maior, em alíquota superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), nos períodos e valores comprovados com a documentação juntada, tudo nos termos da fundamentação. Ressalva-se o direito de a Receita Federal verificar o efetivo recolhimento e os cálculos dos valores excedentes.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA