



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 10865.001431/98-17
Recurso nº 303-125.754 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL - FALTA DE RECOLHIMENTO
Acórdão nº 03-06.014
Sessão de 08 de setembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FÁBRICA DE PAPELÃO SANTA MARIA S/A

Assunto: FINSOCIAL, PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRAZO
PRESCRICIONAL TERMO INICIAL

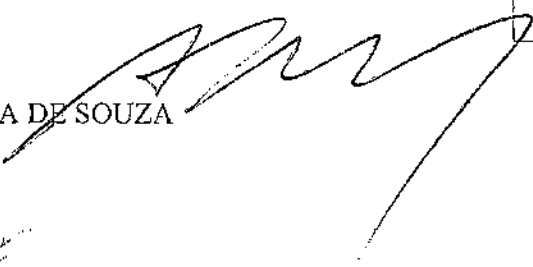
Exercício: 2000

O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Ante à inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, firmou entendimento de que o termo *a quo* para o pedido de restituição começa a contar a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, em 31/08/95, primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, expirando em 31/08/00. O presente pedido de restituição refere-se ao período de apuração de 02/90 a 03/92 e foi formulado em 13/07/2000, portanto, antes de consumar-se o prazo prescricional.

Recurso Especial Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
Presidente


OTACILIO DANTAS CARTAXO
Relator

FORMALIZADO EM: 14 JUL 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto convocado)



Relatório

É o seguinte o relatório correspondente ao acórdão recorrido:

Trata-se do Acórdão nº 303-30.943, de 11/09/2003, cujo Relator, Francisco Martins Leite Cavalcante, que não compõe mais este Colegiado, não havia formalizado o Acórdão. Por tal motivo, foi designada pelo Ilustre então Presidente desta Câmara João Holanda Costa como Relatora Ad Hoc.

Com base em relato feito pelo então Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante, por unanimidade de votos esta Câmara não tomou conhecimento do recurso voluntário por perempto.

Entretanto, ao redigir o voto constatei, a partir do exame dos autos, que a empresa foi cientificada da decisão a quo em 17/09/2001 e que dela recorreu em 17/10/2001. Portanto, estava dentro do prazo recursal de 30 dias previsto pelo Decreto nº 70.235/72.

Assim, com base no artigo 28 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, opus embargos de declaração com pedido de retificação de julgado, por entender que existia contradição entre a decisão e os únicos fundamentos possíveis para o seu embasamento. O Presidente determinou, então, que a Câmara procedesse a novo julgado.

Portanto, passo ao relatório do processo.

A empresa foi autuada por falta de recolhimento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial) relativa aos fatos geradores ocorridos de 31/07/91 a 31/03/92.

Consta do auto de infração que a contribuição seria objeto de ação judicial (Processos 91.714858-5 e 91.702400-2), ambos junto à 5ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, cuja decisão definitiva ainda não havia sido prolatada.

Para evitar a decadência, foi lavrado o auto com a utilização de alíquota de 0,5% (art. 7º da MP nº 1.110, de 30/08/1995 e reedições). Foi esclarecido, também pelo autuante, que a contribuinte efetivara depósitos judiciais a fim de evitar a exação, utilizando-se da alíquota de 2%, fato que ensejou, em que pese alguns dos depósitos terem sido realizados posteriormente ao vencimento, a suficiência dos mesmos (em razão da diferença de alíquota – de 0,5% para 2%).

A exigência envolveu um crédito tributário no montante de R\$ 5.307,52, sendo R\$ 2.240,97 de contribuição e R\$ 3.066,55 de juros de mora calculados até 30/09/1998.

O Auditor afirmou, ainda, que face aos depósitos realizados e à liminar existente, o crédito ficaria com a exigibilidade suspensa, ex vis do disposto no artigo 151, incisos II e IV, do CTN, no aguardo de decisão judicial definitiva, e que descaberia o lançamento da multa de ofício conforme previsto no artigo 63 da Lei nº 9.430/96.



Impugnando o feito, a empresa aduziu que estaria suspensa a exigibilidade do crédito em face da decisão judicial que lhe permitiu depositar em juízo o valor sobre o qual entendia ser indevida a contribuição. Além disso, estaria tramitando ação declaratória para o reconhecimento da não obrigatoriedade da contribuição. Ademais, o STF já teria reconhecido a inconstitucionalidade das alíquotas superiores a 0,55, o que faria com que a empresa passasse a credora dos valores depositados. Não se justificaria, então, a lavratura do auto de infração, visto que a parcela equivalente a 0,5% deverá ser transferida à União pelo Poder Judiciário.

Alegou, ainda, que o crédito tributário exigido teria sido alcançado pela decadência, nos termos do CTN, art. 173, "a" e "b".

A Delegacia da Receita Federal em Ribeirão Preto considerou o lançamento procedente, em decisão que apresenta a seguinte ementa

Assunto. Normas Gerais de Direito Tributário Data do fato gerador: 31/07/1991, 31/08/1991, 30/09/1991, 31/10/1991, 30/11/1991, 31/12/1991, 31/01/1992, 29/02/1992, 31/03/1992

Ementa DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

O prazo para a Fazenda Nacional exigir crédito tributário relativo a contribuições sociais é de 10 anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ser lançado, nos termos da Lei nº 8 212, de 1991

CRÉDITO TRIBUTÁRIO SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

O depósito judicial do montante integral do crédito tributário suspende a sua exigibilidade

Tempestivamente a empresa apresentou recurso voluntário em que trouxe razões já avertadas na impugnação e enfatizou a importância da decisão do STF, que deveria ser aplicada também, já que não poderiam existir tratamentos diferentes para situações iguais.

Esclarece já haver decisão no processo em que é parte no sentido de que seja revertida à União o percentual de 0,5%. Como ela está apenas aguardando publicação, protesta por sua juntada aos autos em fase posterior.

Finaliza solicitando a confirmação da decisão do Poder Judiciário no sentido de que seja convertido à União o percentual de 0,5% do valor depositado.

Verifica-se no processo, a partir de então, polêmica sobre a questão do seguimento do recurso voluntário em face da existência (ou não) de garantia de instância, que está consubstanciada no documento de fl. 106, assinado pelo chefe da Seção de Controle e Acompanhamento Tributário – SACAT, do qual transcrevo excertos:

"O contribuinte tomou ciência do julgamento de primeira instância em 17/09/2001, conforme AR de fl. 46 e apresentou, tempestivamente, em 17/10/2001, recurso voluntário (fl. 47 a 51). No entanto, ao invés de



efetuar o depósito recursal de 30%, recolheu, através de DARF de fl 52, o equivalente a 30% do valor do crédito tributário lançado

Em resposta à consulta formulada à Divisão de Acompanhamento Tributário/SRRF/8ª RF (fl 55), houve a orientação no sentido de negar seguimento ao recurso voluntário e considerar o valor recolhido como antecipação do valor devido (fl. 56).

Assim, negou-se seguimento ao recurso voluntário, conforme consta às fl.s 61 e 62

Inconformado, o contribuinte apresentou o requerimento de fl. 67 a 69, no qual solicita o acolhimento do seu recuso voluntário tempestivamente apresentado

Considerando-se que a ação judicial acima mencionada transitou em julgado em 03/03/2000, conforme documentos de fls. 88 a 104,

Considerando que a Lei nº 10 522/2002 extinguiu a exigência do depósito recursal,

Considerando-se que, por se tratar de regra processual, ela alcança os fatos pênentes de julgamento,

Determino o encaminhamento à ARF/Araras, para conhecimento, atualização do sistema PROFISC e posterior envio ao Egrégio Segundo Conselho de Contribuintes, através da DRJ/Ribeirão Preto."

É o relatório.

O Acórdão nº 303-31723 (fl. 120) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 11/11/2004, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Retifica-se o Acórdão nº 303-30 943.

DECADÊNCIA.

No caso concreto não houve antecipação de pagamento para os fatos geradores de FINSOCIAL ocorridos no período indicado na autuação, e o auto de infração para constituir o crédito tributário correspondente foi lavrado e cientificado ao contribuinte quando já se havia escoado por completo o prazo decadencial para o direito-dever do lançamento

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração e, por maioria de votos, declarar a decadência do direito de constituir o Crédito Tributário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado Vencida a Conselheira Anelise Daudt Prieto, relatora Designado para redigir o voto o Conselheiro Zenaldo Loibman.

Brasília-DF, em 11 de novembro de 2004



Cientificada do acórdão retromencionado contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls 139/147), aviando o seu recurso 05/12/05, com fulcro no art. 5º- I do RICSRF.

Argumenta o i. Procuradora da Fazenda Nacional que direito de proceder ao lançamento da contribuição extingue-se após dez anos, segundo os artigos 45 da Lei nº 8 212/91, 3 º do Decreto-Lei nº 2.049/83 e, ainda, no artigo 85, parágrafo único, do Decreto nº 92.698/86

O REsp da PFN foi admitido em 16/02/2006 conforme Despacho exarado pela Presidente da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fls. 151), mediante o reconhecimento da existência de tempestividade e da contrariedade à lei entre o julgado e o acórdão paradigma apresentado

Intimado a apresentar suas contra-razões a interessada após a ciência à folha 155, em 15/03/06, e apresentou as contra-razões tempestivamente em 23/03/2006 (fl. 156), solicitando seja negado provimento ao recurso especial, mantendo-se o acórdão recorrido

É o relatório.



Voto

Conselheiro OTACILIO DANTAS CARTAXO, Relator

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

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

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

De modo diverso, a decisão recorrida afastou a preliminar de decadência, argüindo que o prazo de cinco anos para a restituição de indébito deve ser contado a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, devendo os autos serem remetidos à instância *a quo* para exame de mérito

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

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

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

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

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



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

I - [...]

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

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

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

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

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

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



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

Ao contrário do que expôs o juízo *a quo*, é importante registrar que para que se cogite de um pleito da envergadura do ora analisado, faz-se necessário que o direito do contribuinte possa ser exercitável em sua plenitude.

Nesse sentido, até que fosse julgada a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL pelo STF, os recolhimentos efetuados mês-a-mês pelo contribuinte, gozavam da presunção de legalidade. Logo, não haveria como se questionar a existência de indébito tributário, não haveria como se falar em prescrição, nem mesmo em marco inicial para contagem de prazo para restituição de valores, uma vez que o seu direito de ação ainda não podia ser exercido. Não havia, ainda, a liquidez e a certeza do direito ao crédito do sujeito passivo, pressuposto este autorizativo para a realização da compensação de seus créditos com débitos próprios junto à Fazenda Nacional (art. 170, CTN).

Apenas após a publicação do trânsito em julgado da decisão judicial no DJ, ou seja, a partir dessa data é que se pode falar em contagem de prazo de cinco anos em relação à prescrição, análise esta pela qual a decisão de primeira instância passou ao largo.

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

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

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

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

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

Considerando que o posicionamento adotado pela SRF, em todos os pedidos protocolados até 30/11/99 deu-se com base na IN/SRF nº 32/97 e no Parecer Cosit 58/98, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual, deve ser mantido esse entendimento para os casos ocorridos mesmo após a publicação do AD/SRF nº 96/99, uma vez que reside na MP nº 1.110/95 o reconhecimento do Poder



Executivo, ao admitir que a exigência do Finsocial com a alíquota majorada acima de 0,5% era inconstitucional, de acordo com os dispositivos contidos no seu art. 17-III.

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

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial foi formulado em 13/07/2000 (fls 01/02) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido, dá-se em 31/08/00, não havendo que se falar em prescrição

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, retornando os autos à DRJ para exame das demais matérias.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 08 de setembro de 2008


OTACILIO DANTAS CARTAXO

