



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 10875.000028/99-61
Recurso nº : RDP/303-126.574
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 3ª CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES.
Interessada : CORTIDORA BRASITÂNIA LTDA
Sessão de : 12 de novembro de 2007.
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.- 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 2710/98, 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 pedido de restituição da contribuinte foi formulado em 07/01/99.

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO – DUPLO GRAU - ANÁLISE DE MÉRITO – Nos processos administrativos fiscais de pedido reconhecimento do direito creditório, cujo litígio instaurou-se apenas quanto ao prazo para interposição do pleito, ou seja, a unidade de origem da Receita Federal não apreciou o mérito, afastada essa preliminar, os autos devem retornar àquela origem para essa análise, podendo o contribuinte apresentar outra manifestação de inconformidade à DRJ, no prazo de 30 dias da ciência, caso discorde da nova decisão.

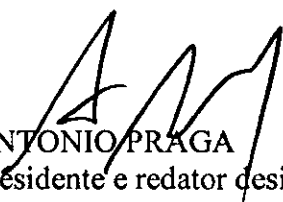
Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Prevaleceu o entendimento que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para interpor o pedido de restituição do Finsocial iniciou-se em 31/08/1995, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110 de 30/08/1995. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio José Praga de Souza negaram provimento integral ao recurso, sob o entendimento que esse prazo tem como marco final a publicação do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/1999. Os Conselheiros Judith do

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Valmir Sandri negaram provimento ao recurso, entendendo que esse prazo é de 10 (anos), contados da ocorrência de cada fato gerador (tese dos “cinco + cinco”). 2) Pelo voto de qualidade, foi determinado o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal (DRF) de origem, para enfrentamento do mérito, podendo o Contribuinte, se discordar da nova decisão, interpor manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Marciel Eder Costa, Anelise Daudt Prieto e Valmir Sandri que determinavam o retorno dos autos à DRJ. Designado para redigir o voto vencedor nesta parte o Conselheiro Antônio José Praga de Souza. por de votos, negar provimento ao recurso especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTONIO PRAGA
Presidente e redator designado

FORMALIZADO EM: 18 AGO 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: Susy Gomes Hoffmann



Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

RECORRENTE : PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDA : TERCEIRA CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE
CONTRIBUINTES.
INTERESSADA : CORTIDORA BRASITÂNIA LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de compensação no valor de R\$ 43.934,78, formulado em 07/01/99 (fl. 01), a partir de créditos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração da alíquota de Finsocial (RE 150.764/PE, DJU de 02/04/93, trânsito em julgado em 04/05/93) formulado pela contribuinte junto a na DRF em Guarulhos-SP, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de set/89 a set/91, conforme planilha (fl. 03) e DARFs (fls. 09/36), reconhecidos os recolhimentos pelo órgão competente (fl. 38). Há vários pedidos de compensação a partir de 10/11/00 (fl. 42).

Do Despacho Decisório da DRF/Guarulhos-SP (fls. 177/182) que deixou de reconhecer o crédito tributário de Finsocial com base nos fundamentos do AD/SRF nº 96/99 (arts. 165-I e 168-I, CTN), a contribuinte impugnando o feito, alegou inexistir decadência persiste na pretensão do seu direito, escudando-se na tese do prazo prescricional quinquenal, consoante disposto no Parecer COSIT nº 58/98, contado – para terceiros não participantes da lide que declarou inconstitucional o aumento da alíquota do Finsocial em mais de 0,5% - a partir da data da publicação da MP nº 1.110/95, em 31/08/95.

O acórdão DRJ/CPS nº 927/02 (fls. 223/230), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

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 a pós o transcurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

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

O voto condutor reiterou o entendimento esposado no Despacho Decisório retromencionado, complementando-o com os fundamentos contidos nos arts. 150, § 1º, 156-I e VII, 165-I e 168-I, todos do CTN, que estabelece que o pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito independentemente da condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, de acordo com o Parecer PGFN/CAT nº 1538/99 e AD SRF nº 96/99.



Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

Insurgindo-se contra a decisão de primeira instância a interessada interpõe recurso voluntário reiterando os fatos expendidos na exordial de forma minudente, mencionando jurisprudência em seu favor, entretanto sem inovar o seu entendimento sobre a matéria.

O Acórdão nº 303-31.494 (fls. 278/308) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 17/06/04, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

“FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

Possibilidade de exame por este Conselho – Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – Prescrição do direito de restituição/compensação – Inadmissibilidade – *dies a quo* – Edição de ato normativo que dispensa a constituição de crédito tributário – Duplo grau de jurisdição.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO, DEVOLVENDO-SE O PROCESSO À ORIGEM.”

O voto condutor pautou-se nos dispositivos contidos na IN/SRF nº 210/02, que regulou o instituto da compensação no âmbito administrativo; na MP nº 1.110/95, posteriormente convertida na Lei nº 10.522/02, nos arts. 165 e 168-I do CTN, esclarecendo que na data em que concluído o julgamento da inconstitucionalidade da matéria, não havia sido editada qualquer resolução senatorial, para concluir que a MP retromencionada reconheceu expressamente a declaração de inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do Finsocial além de 0,5%, proferida pelo STF no julgamento do RE nº 150.764-PE. Portanto, a contagem do prazo prescricional iniciou na data da publicação dessa MP, qual seja, 31/08/95.

Cientificada do acórdão retromencionado em 22/03/05 (fl. 309), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 311/318), aviando o seu recurso em 05/04/05, com fulcro no art. 5º-II do RICSRF, oferecendo a título de paradigma o acórdão nº 302-35.782.

Aduz, sucintamente, a d. Procuradora:

- O direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento (art. 156-I, CTN).
- Nessa perspectiva as decisões administrativas devem respeitar o disposto no AD SRF nº 96/99, eis que esse ato tem caráter vinculante para a administração tributária, a partir de sua publicação, conforme os arts. 100-I e 103-I, do CTN.
- Não há nada que justifique ser considerada a data da publicação da MP nº 1.110/95, o termo inicial da contagem do prazo para se pleitear a restituição do Finsocial.
- Requer a restauração da r. decisão de primeira instância.

Admitido o Resp da PFN em 22/08/05, conforme Despacho exarado pela Presidente da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 346/347).

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

O contribuinte (AR em 10/01/06, fl. 352) tomando ciência do Acórdão nº 303-31.494 (fls. 278/308) e do REsp da PFN, comparece nos autos (em 25/01/06, fls. 354/371) para repelir os argumentos oferecidos pela Fazenda Nacional e, reiterando o entendimento já esposado nos autos, pugnar pela preservação integral do acórdão recorrido.

É o relatório.



Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

VOTO VENCIDO

Conselheiro OTACÍLIO 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 n.º 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 n.º 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 a ser assim considerado.

Nesse mesmo sentido, o Parecer Cosit n.º 58, de 27/10/98, dispôs em seu item 27 que o prazo para o contribuinte não-participe de ação judicial possa pleitear a restituição/compensação se iniciou com a data da publicação da MP n.º 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 n.º 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

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

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* pra 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 esposar 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.

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

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 n.º 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 n.º 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 n.º 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 n.º 96/99, uma vez que reside na MP n.º 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.

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

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial formulado em 19/01/98 (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 decadência.

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

Ante o exposto, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, nego-lhe provimento, retornando os autos à DRJ para exame das demais matérias.

É assim que voto.

Sala de Sessões, em 12 de novembro de 2007.



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

Processo nº : 10875.000028/99-61
Acórdão nº : CSRF/03-05.492

VOTO VENCEDOR

Conselheiro ANTONIO PRAGA, Redator Designado.

Nos debates do julgamento deste recurso propugnei pela correção do encaminhamento dos autos que segundo o acórdão recorrido deveria ser encaminhado à Delegacia de Julgamento - DRJ para julgamento do mérito.

Ocorre que o mérito não chegou a ser apreciado pela Delegacia da Receita Federal – DRF, sendo que o litígio foi instaurado apenas quanto ao decurso de prazo para interposição do pedido.

Em verdade a DRF não verificou os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, tampouco se o aludido direito crédito teria sido pleiteado ou utilizado anteriormente, inclusive em compensação espontânea. O despacho denegatório limitou-se a justificar a intempestividade do pedido haja vista ter sido protocolado 5 (cinco) anos após o último recolhimento.

A DRJ, por sua vez, apreciou o litígio no limite que foi instaurado e também não verificou esses aspectos.

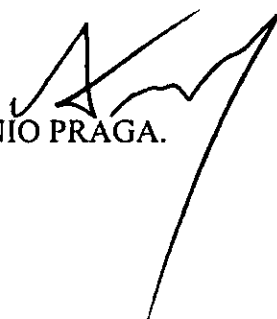
É possível que a DRJ tenha condições de apreciar o mérito, todavia, se negar, o contribuinte seria prejudicado pela supressão de instância, pois caberia apenas novo recurso ao Conselho de Contribuintes, ou seja, apenas uma oportunidade de defesa, enquanto o PAF consagra o duplo grau de jurisdição na esfera administrativa.

Além disso, o retorno dos autos à DRF trará economia processual, pois, na hipótese de o contribuinte restar de acordo com o decido pela origem, não haverá instauração de novo litígio.

Diante do exposto oriento meu voto no sentido de confirmar integralmente a decisão do relator, apenas corrigindo o encaminhamento dos autos à unidade de origem (DRF ou DERAT para apreciação do mérito)

É como voto

Sala das Sessões/DF, Brasília 12 de novembro de 2007.


ANTONIO PRAGA.