



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.009040/00-59
SESSÃO DE : 24 de fevereiro de 2005
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899
RECURSO Nº : 128.681
RECORRENTE : BATISTA COMÉRCIO DE LEGUMES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

F I N S O C I A L – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO EFETIVADO EM 12/06/2000 – MATÉRIA COMPREENDIDA NA COMPETÊNCIA DESTE CONSELHO - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – INÍCIO DA CONTAGEM DE PRAZO – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.110/95, PUBLICADA EM 31/08/1995. – AFASTADA A ARGUIÇÃO DE DECADÊNCIA DEVOLVE-SE O PROCESSO À REPARTIÇÃO DE ORIGEM PARA JULGAR AS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO.

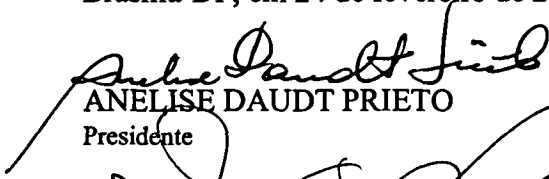
Recurso Voluntário em que é dado provimento, para afastar a arguição de decadência do direito da recorrente pleitear a restituição.

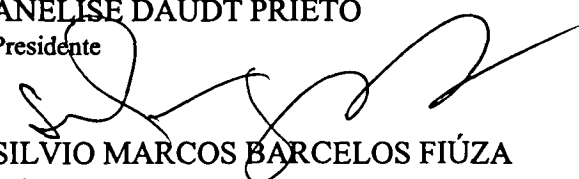
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, rejeitar a arguição de decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição da contribuição para o Finsocial pago a maior, vencidos os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Zenaldo Loibman e Carlos Fernando Figueiredo Barros e, por unanimidade de votos, determinar a devolução do processo à autoridade julgadora de primeira instância para apreciar as demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 24 de fevereiro de 2005


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, Nanci Gama e MARCIEL EDER COSTA. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional MARIA CECILIA BARBOSA.

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899
RECORRENTE : BATISTA COMÉRCIO DE LEGUMES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA

RELATÓRIO

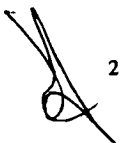
O processo ora em debate, teve como fulcro a protocolização em data de 12.06.2000 pela empresa recorrente de pedido de restituição (fl. 01) relativo aos recolhimentos da contribuição para o FINSOCIAL, efetuados com base em alíquotas superiores a 0,5% (meio por cento), referentes ao período de apuração compreendidos entre julho de 1990 a novembro 1991 (planilha, fl. 20; cópias de recolhimentos, fls. 02 a 19), cumulado com pedido de compensação de parcelas do COFINS (fls. 28, 29 e 37).

Com o intuito de verificar o conteúdo do ofício nº 976/00, citado no despacho de fl. 46, expedido pela 24ª Vara cível Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 2000.61.00.28652-8, impetrada pela requerente contra o Delegado da Receita Federal em São Paulo e visando o atendimento da medida liminar concedida neste, foram extraídas cópias do processo nº 13807.008366/00-58, formalizado na DRF/SPO, em razão do citado processo judicial e juntadas às fls. 47 a 88.

Face ao desconhecimento dos termos do acolhimento da liminar concedida no mandado de segurança retro mencionado (fls. 79/80), que estabelece em cinco dias, o prazo para julgamento do presente processo, sem, contudo precisar se a decisão a ser proferida, devia ou não, levar em conta o Ato Declaratório nº 96/99, objeto do questionamento do mandado de segurança impetrado pela requerente, impedindo, desta forma, o cumprimento integral da medida liminar concedida.

Assim, foi solicitado a Exmª Dra. Juíza Federal da 24ª Vara Cível da Justiça Federal em São Paulo, através do ofício nº 1.905/00 (cópias as fls. 85 a 87), esclarecimento quanto aos termos da concessão da medida liminar. Em resposta, foi esclarecido através do ofício 1.177/00, fls. 84 a 88, que a liminar em questão foi concedida apenas e tão somente para que o pedido do contribuinte fosse examinado.

Em atendimento a intimação de fls. 82/83, o contribuinte juntou às fls. 89/186 os documentos solicitados, quais sejam demonstrativo de base de cálculo de Finsocial (fl. 95), dezoito DARF originais, referente ao recolhimento da contribuição realizada no período de julho de 1990 a novembro de 1991 (fls. 97/114), cópias das folhas 03/19 do livro Registro de apuração do ICMS (fls. 117 a 133), cópias das folhas 09/37 do livro Registros de Saídas (fls. 137/165, cópias das folhas

 2

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

20, 24, 28, 31, 35, 37 e 43 do livro Registro Diário nº 2 (fls. 169 a 175) e cópias das páginas 02 a 08 do livro Registro Diário nº 1 (fls. 179 a 185).

O despacho decisório nº 1373/00 da DISIT/DRF/SP, de fls. 188 a 190, **indeferiu** a solicitação do contribuinte, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

O contribuinte, inconformado com o despacho decisório que indeferiu seu pleito, apresentou tempestivamente em 24.11.2000 sua impugnação (fls. 193 a 205), no qual argumenta, em síntese, que:

O pedido indeferido baseou-se no Ato Declaratório SRF/96/99 e no absurdo Parecer da PGFN/CAT/nº 1.538/99, que afrontando expressamente a jurisprudência pacífica das mais altas Cortes deste País, alega ser o início da contagem do prazo decadencial o pagamento.

Através da IN SRF nº 32 de 10.04.1997, a Secretaria da Receita Federal confessa a ilegalidade e inconstitucionalidade dos valores recolhidos no que excedente a 0,5%, convalidando as compensações realizadas.

Como a SRF entende que a data de extinção do crédito é a data do pagamento, na data da publicação da IN SRF nº 32, grande parte do crédito da recorrente já estaria prescrito. Não é possível aceitar que os créditos estariam prescritos, pois a administração só aceitou a começar a devolve-los em 04/97, como falar em prescrição antes do direito de restituição. Alega que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a decadência para repetição de indébito tributário é de cinco anos da extinção do crédito tributário, iniciando-se esta extinção da data do prazo final para o lançamento (ou seja cinco anos após o fato gerador caso não haja lançamento expresse).

A prescrição para ressarcimento dos valores pagos indevidamente a título de Finsocial, não há dúvida sobre seu prazo decenal, isto porque, conforme o artigo 168 do CTN, o prazo decadencial contra o contribuinte inicia-se da extinção do crédito tributário, e esta ocorre somente após a homologação tácita ou expressa nos casos de tributos lançados por homologação como o Finsocial, conforme dispõe o artigo 150, § 4º do CTN. Assim, não tendo o Fisco homologado expressamente o lançamento do Finsocial, o prazo decadencial deste crédito só teria início após decorridos cinco anos do pagamento da referida contribuição (homologação tácita). Cita julgados da esfera judicial para corroborar seu entendimento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

Concorda que não há nenhuma ilegalidade no Ato Declaratório SRF 96/99, porém conclui ser ilegal a interpretação e a aplicação do referido Ato pelo prolator da decisão que indeferiu seu pedido de restituição.

Tendo em vista a Portaria nº 416/2000, o presente processo foi encaminhado, em 08.01.01, para a DRJ/Curitiba.

Em 17.04.2001 foram anexados cópias de documentos (fls. 207 a 234) que já constavam no presente processo.

Tendo em vista as mudanças previstas pela Portaria MF nº 259, de 24.08.2001, o processo retornou, em 04.08.2001 para esta DRJ/SPO I.

15. A impugnação foi apresentada com observância do prazo previsto no art. 15 do Decreto nº 70.235/1972. Sendo assim, dela tomo conhecimento.

A DRF de Julgamento em São Paulo/SP, através do Acórdão Nº 1.571 de 25/09/ 2002, indeferiu o pleito da recorrente, nos termos que a seguir se transcreve, omitindo-se apenas algumas transcrições legais do original:

“Antes de se passar à análise da impugnação, vale ressaltar que em relação às manifestações do Poder Judiciário, citadas pelo contribuinte, cumpre transcrever as disposições contidas nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 73.529, de 21/01/1974:

“Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ordinário.

Art. 2º Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o artigo 1º produzirão efeitos apenas em relação às partes que integram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.”

Portanto, as decisões do Poder Judiciário, mesmo que reiteradas, no sentido de que é necessário processo judicial regularmente instaurado e autorização expressa de autoridade judiciária, não vinculam a autoridade administrativa. A Administração Pública está pautada pelo princípio da legalidade, que significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar e civil, conforme o caso.

4 

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

Passa-se a análise da impugnação.

Quanto a alegação de ser ilegal a interpretação e aplicação do Ato Declaratório SRF nº 96 utilizado no despacho decisório nº 1.373/00 da DISIT/DRF/SP, cabe observar o Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538, de 18/10/1999, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que posicionou-se nos seguintes termos: (Transcreveu)

Posteriormente, tendo em vista o teor do Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538, o Secretário da Receita Federal expediu o Ato Declaratório nº 096, de 26/11/1999, nos seguintes termos: (Transcreveu).

Vale lembrar ainda que o Ato Declaratório expedido pelo Sr. Secretário da Receita Federal **vincula as decisões administrativas**, que não podem dispor de forma diversa.

Além disso, a Administração Tributária, atrelada constitucionalmente ao princípio da legalidade, como expresso no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, deve atentar para o que está estabelecido pelo Código Tributário Nacional, uma vez que este tem *status* de lei complementar e, de acordo com o art. 146, III, "b", da constituição, a decadência tributária é matéria reservada a esta espécie de norma.

Assim, correta foi a interpretação do Ato Declaratório SRF nº 96/99 utilizada na decisão nº 1.373/00 da DISIT/DRF/SP que indeferiu o pleito da contribuinte.

Também não prospera a tese da contribuinte que no caso de homologação tácita, a extinção do prazo para pleitear a restituição dos tributos pagos a maior é de 10 (dez) anos contados da ocorrência do fato gerador, sendo 5 (cinco) anos para homologação tácita mais 5 (cinco) anos para decadência.

O FINSOCIAL é contribuição sujeita a lançamento por homologação, pois cabe ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa. Assim, cumpre esclarecer em que data deve-se considerar extinto o crédito tributário, no caso do lançamento por homologação. A solução está contida de forma suficientemente clara no § 1º do artigo 150 do CTN: (Transcreveu).

O pagamento antecipado, portanto, extingue o crédito tributário e é a partir da sua data que se conta o prazo em que se extingue o direito de pleitear a restituição.


5

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

Apenas para argumentar, se fosse adotada a tese diversa segundo a qual o pagamento antecipado, nos termos do art. 150 do CTN, só produziria efeitos após a homologação (tácita ou expressa), não se poderia admitir a repetição do indébito por pagamento indevido antes de implementada essa condição resolutória, o que seria um enorme contra-senso. Assim, a homologação apenas torna definitiva a extinção do crédito no sentido de impedir a atividade revisional do Fisco.

Fica claro que o pagamento antecipado já produz o efeito de extinguir o crédito tributário, admitindo de imediato, desde que verificada uma das hipóteses legais, a repetição do indébito. Se o contribuinte pode de pronto exercer seu direito de repetir o pagamento indevido, é lógico que o termo inicial do prazo de decadência para pedir a restituição se dê com o pagamento antecipado. Outra não pode ser a interpretação conjunta dos arts. 150 e 156, inciso VII do CTN, pois a menção de que o pagamento antecipado e a homologação extinguem o crédito deve ser entendida no sentido que o pagamento já extingue a dívida, mas a homologação, sem retirar a eficácia deste, apenas torna-o definitivo no sentido de não ser mais passível de revisão.

No mesmo passo, é interessante apontar-se trecho encontrado na doutrina, de autoria do mestre e doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP, professor Eurico Marcos Diniz de Santi, em sua tese de mestrado, cujo título é *Decadência e prescrição no direito tributário – Aspectos teóricos, práticos e análise de decisões do STJ*:

Ademais, com bem lembrou o citado Parecer da PGFN, o Supremo Tribunal Federal há tempos já afirmou que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme nos mostra a ementa do RE 57.310-PB, de 09 de outubro de 1964 (Transcreveu)

Também defendendo esta tese, segundo a qual a partir do pagamento indevido temos iniciado o prazo decadencial para pedir restituição, Fábio Fanucchi (in “A decadência e a Prescrição em Direito Tributário”, Resenha Tributária, 3 ed., pág. 111), assim se expressa: (Transcreveu).

Em suma, interpretando-se de forma integrada os arts. 150, 156, 165 e 168 do CTN, conclui-se que o direito de pedir restituição de tributos pagos a maior decai em cinco anos contados da extinção do crédito tributário, e, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, considera-se extinto o crédito e, portanto, iniciado o prazo decadencial com o pagamento antecipado, que já produz todos os efeitos que lhe são próprios, uma vez que submetido a uma condição resolutória.

Assim, tendo em vista que o pagamento mais recente juntado ao presente processo data de **novembro de 1992**, e como o pedido administrativo de



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

restituição foi protocolizado em 12.06.2000, conclui-se que decaiu o direito do impugnante pleitear a restituição.

A despeito da citação pela interessada da Instrução Normativa SRF nº 32, de 09 de abril de 1997, em seu artigo 2º, para que seja autorizado o procedimento adotado quanto ao instituto da restituição/compensação, verifica-se que este dispositivo legal convalida apenas as compensações do Finsocial com a COFINS, efetivadas até a data da sua publicação, assim dispondo: (Transcreveu)

Resta claro que a convalidação da compensação de eventual indébito do Finsocial com a COFINS, autorizada pela IN SRF nº 32, de 1997, compreende tão-somente as empresas vendedoras de mercadorias e mistas, sendo evidente que é passível de serem convalidados apenas os atos e procedimentos já efetivados previamente à data de publicação deste ato normativo.

Quanto aos pedidos de compensação (fls. 28, 29 e 37), cabe observar que eles não foram apreciados pela DISIT/DRF/SP, tendo em vista o indeferimento do pedido de restituição. A compensação, prevista no artigo 170 do CTN, pressupõe a existência de créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, e nos termos dos arts. 5º e 12, § 4º da IN SRF nº 21, de 10/03/1997, alterada pela IN SRF nº 73, de 15/09/1997, a apreciação do pedido de compensação depende de se caracterizar a existência do direito creditório e, portanto, da apreciação do pedido de restituição, da tempestividade deste e do cabimento ou não de restituição.

Vale ressaltar que os créditos que o impugnante pretende compensar não estão com exigibilidade suspensa. As hipóteses de suspensão do crédito tributário estão previstas no art. 151 do CTN. Dispõe o inciso III do referido dispositivo:

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - ...;

II - ...;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;"

Ocorre que, no processo em exame, o dispositivo acima é inaplicável, haja vista que a contribuinte não está discutindo com a Administração a respeito da existência ou não dos créditos tributários que pretende compensar. Quanto a estes não pairam dúvidas, inclusive foram relacionados pela interessada (fls. 28, 29 e 37). O que se discute no presente processo é a existência de crédito do contribuinte perante a Administração, e não a situação oposta.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

Não há previsão legal para que, enquanto se está discutindo o direito de crédito da contribuinte, seja suspensa a exigibilidade de créditos tributários certos. Caso a Administração reconheça a existência do crédito, poderá o débito tributário do contribuinte ser extinto pela compensação.

Por todos os fundamentos expostos, VOTO no sentido de **INDEFERIR A SOLICITAÇÃO** do contribuinte de pleitear a restituição das parcelas da contribuição para o FINSOCIAL, cumulado com pedido de compensação das parcelas da COFINS. Sala de Sessões, de 25 de setembro de 2002. Sérgio Heiji Murata.”

A recorrente foi intimada a tomar conhecimento da Decisão prolatada, através da Intimação/Ciência datada de 15/01/2003, e que conforme AR que repousa as fls. 249v, foi devidamente formalizada sua ciência em 24/01/2003, tendo apresentado Recurso Voluntário com anexos em 19/02/2003 (doc. as fls. 250 a 285), portanto, tempestivamente.

Em seu arrazoado, a recorrente reiterou os argumentos apresentados à autoridade *a quo*, para demonstrar sua insatisfação quanto ao indeferimento de sua pretensão por tida decadência do direito de pleitear a compensação pretendida, por ser seu direito legítimo, quanto ao prazo para reaver o imposto pago a maior. Em seguida, alega a possibilidade legal de compensação dos créditos de que seria possuidor, fundada no prazo para compensar que seria de 10 anos, transcrevendo diversas normas legais, obras jurídicas e atos declaratórios, em seu socorro, para garantir o direito ao crédito que diz ser líquido e certo.

O Recurso é tempestivo e está revestido das formalidades legais para sua admissibilidade e é matéria de apreciação no âmbito deste Terceiro Conselho, bem como, concluímos que não houve opção da recorrente pela esfera judicial, uma vez que o assunto requerido não dizia respeito ao mérito da questão, e tão somente o direito, que também não lhe foi negado, nem seria, de ver apreciado administrativamente esse seu pleito, portanto, dele tomo conhecimento.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

VOTO

A controvérsia trazida aos autos cinge-se à ocorrência (ou não) da decadência (prescrição) do direito do recorrente de pleitear a restituição/compensação dos valores que pagou a mais em razão do aumento reputado inconstitucional.

O pedido de restituição/compensação formulado pelo recorrente tem fundamento na inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 150.764-PE ocorrido em 16/12/1992, tendo o acórdão sido publicado em 02/03/1993, e cuja decisão transitou em julgado em 04/05/1993.

Com a edição em 31/08/1995 da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/1995 e devidamente publicada no DOU em 31/08/1995, que, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/07/2002

Dentre outras providências, a Medida Provisória em seu Artigo 17, dispensou a Fazenda Nacional de constituir créditos, inscrever na Dívida Ativa, ajuizar execução fiscal, bem como autorizou o cancelamento do lançamento e a inscrição relativamente a tributos e contribuições julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou ilegais, em última instância, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, entre o rol do citado artigo em seu Inciso III, encontrava-se a contribuição para o FINSOCIAL.

Quando dispensa a constituição de créditos, a inscrição na Dívida Ativa, o ajuizamento de execução fiscal, cancelando o lançamento e a inscrição relativos ao que foi exigido a título de FINSOCIAL na alíquota acima de 0,5%, com fundamento nas Leis 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, a Medida Provisória reconheceu expressamente a declaração de inconstitucionalidade das citadas normas proferida pelo STF no julgamento do RE nº 150.764-PE.

Portanto, não se pode argumentar que o fato da majoração das alíquotas do FINSOCIAL se encontrar no rol do artigo 17 não significa necessariamente o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, já que todos os demais tributos relacionados no aludido artigo 17 já tinham, ao tempo da edição da MP, sido declarados inconstitucionais, inclusive com efeito *erga omnes*.

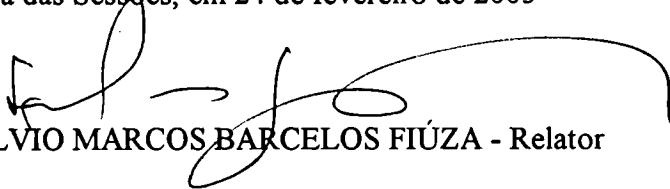
MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.681
ACÓRDÃO Nº : 303-31.899

Diante do exposto, a nosso juízo, o prazo prescricional/decadencial teve seu início de contagem na data da publicação no DOU da MP nº 1.110/95, qual seja, **31/08/1995**, como também tem sido este o entendimento da maioria desta Câmara, portanto, é **tempestivo** o pedido de restituição/compensação formulado pelo Contribuinte, já que proposto em **12/06/2000**, de forma que **VOTO para afastar a decadência e encaminhar o processo a repartição de origem para julgar as demais questões de mérito**

É como voto.

Sala das Sessões, em 24 de fevereiro de 2005



SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator