



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
TERCEIRA CÂMARA**



Processo n° : 10980.014231/98-08
Recurso n° : 129.393
Acórdão n° : 303-32.376
Sessão de : 13 de setembro de 2005
Recorrente : H.R. EMPREENDIMENTOS HOTELEIROS LTDA.
Recorrida : DRJ/CURITIBA/PR

F I N S O C I A L. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO EFETIVADO EM 25/11/1998. 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. Ação judicial quanto à inconstitucionalidade de majoração da alíquota transitada em julgado. Afastada a arguição de decadência, devolve-se o processo à repartição de origem para julgar as demais questões de mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, rejeitar a arguição de decadência do direito de a contribuinte pleitear a restituição da Contribuição para o Finsocial paga a maior e determinar a devolução do processo à autoridade julgadora de primeira instância competente para apreciar as demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente

Processo nº : 10980.014231/98-08
Acórdão nº : 303-32.376




SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA
Relator

Formalizado em: 21 OUT 2005



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Zenaldo Loibman, Nanci Gama, Sérgio de Castro Neves, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli e Tarásio Campelo Borges. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional Rubens Carlos Vieira.

Processo n° : 10980.014231/98-08
Acórdão n° : 303-32.376



RELATÓRIO

O presente processo trata de pedido de restituição de fls.1, protocolizado em 25/11/1998, no montante de R\$ 22.029,09, relativo a contribuições ao fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, períodos de apuração 09/1989 a 11/1991, que teriam sido consideradas indevidas por decisão judicial transitada em julgado.

A ora recorrente motiva seu pedido dizendo que apesar de ter obtido sentença condenatória determinando a compensação dos valores pagos a maior em relação ao FINSOCIAL, restou quase que impraticável a compensação atualmente, já que é optante pelo Simples, pelo que requer a restituição desses valores à Secretaria da Receita Federal (SRF).

Instruiu seu pedido com diversos documentos (fls. 02 a 172), dos quais se destacam:

(a) à fls. 2, demonstrativo dos valores pagos, dos valores que seriam efetivamente devidos, dos índices de correção e dos valores corrigidos, referentes às contribuições do FINSOCIAL dos períodos de apuração 09/1989 a 11/1991;

(b) às fls. 12/23, cópias de DARF de pagamentos do Finsocial (código de receita 6120), referentes aos períodos de apuração 01/1989 a 11/1991;

(c) às fls. 50/172, cópias de peças do processo judicial n° 94.000.3850-0, que tramitou na 4ª Vara da Justiça Federal em Curitiba/PR.

O despacho decisório de fls. 173/175, exarado pelo Serviço de Tributação da Delegacia da Receita Federal em Curitiba/PR, indeferiu a solicitação da interessada sob o fundamento de que o prazo para pedir a restituição, levando em conta as datas dos pagamentos dos DARF de fls. 12/23, já estava extinto à época da protocolização do pedido de restituição.

Dessa decisão a interessada tomou ciência em 04/10/2000 (fl. 175).

Tempestivamente, em 03/11/2000, a interessada apresentou sua manifestação de inconformidade de fls. 177/180, por meio de representante legal, instruído com os documentos de fls. 181/197, argumentando, em resumo, o que segue.

Processo n° : 10980.014231/98-08
Acórdão n° : 303-32.376



Diz que obteve no judiciário, em decisão transitada em julgado em 05/09/1997 (Processo n° 94.000.3850-0), o direito de efetuar a compensação dos valores do FINSOCIAL, recolhidos em alíquota superior a 0,5%, com débitos da COFINS.

Alega que enquanto aquele processo tramitava no judiciário, exerceu a opção pelo Simples, ou seja, passou a realizar em um único pagamento mensal, de acordo com o art. 3º, § 1º, da Lei n° 9.317, de 05 de dezembro de 1996, o recolhimento de vários tributos/contribuições, englobando IRPJ, PIS/Pasep, CSLL, cofins, IPI, contribuição para o INSS (Lei n° 8.212, de 1991), ICMS e ISS.

Assim, por existir, em um só recolhimento do SIMPLES, o pagamento de vários tributos, administrados por diversos entes estatais (SRF, INSS, Secretarias de fazenda Estadual e Municipal), ficou-lhe impossível realizar a compensação dos valores declarados como pagos a maior, nos termos da decisão judicial; em razão desses fatos, ingressou com pedido de restituição junto à SRF, que acabou por ser indeferido.

Alega que é equivocada a decisão da DRF/CTA, posto que: (a) quando da interposição do pedido no judiciário os pagamentos que realizou haviam sido feitos corretamente, de acordo com a legislação vigente à época; (b) naquela oportunidade, não havia regime tributário especial do Simples, efetuando recolhimentos em diferentes documentos e datas, para os diversos entes estatais; (c) o crédito tributário somente foi declarado no judiciário, após o trânsito em julgado da ação, o que se deu em 05/09/1997; (d) naquela oportunidade já havia exercido sua opção pelo Simples, realizando recolhimentos de forma englobada (referente a diversos tributos/contribuições, de diversos entes estatais), o que a impede de efetuar a compensação, conforme a decisão judicial; (e) conclui dizendo que tem direito a um crédito, declarado judicialmente, mas que a SRF não lhe quer fazer o pagamento.

Diz que a decisão da DRF/CTA é incorreta quando entende estar extinto o seu direito em pleitear a restituição dos valores, uma vez decorridos mais de 5 anos da extinção do crédito tributário, posto que tais créditos somente foram declarados indevidos, efetivamente, quando do trânsito em julgado da decisão judicial, o que se deu em 05/09/1997.

Entende que, até a ocorrência da decisão judicial final, os recolhimentos que efetuou estavam de acordo com a legislação vigente; somente após a decisão do judiciário transitar em julgado é que poderia pleitear o seu crédito junto à SRF.

Sustenta que, no momento da interposição do processo judicial, não poderia vislumbrar que, anos após, a Administração Pública iria modificar o modo de recebimento dos tributos/contribuições das empresas de pequeno porte, como é o seu caso.

4

Processo n° : 10980.014231/98-08
Acórdão n° : 303-32.376



Afirma que, em 1994, o modo mais fácil de utilizar o eventual crédito a ser declarado pelo judiciário seria mediante a compensação de tributos/contribuições, evitando-se a fase de execução judicial da sentença, o que envolve muitos custos para todas as partes, razão pela qual optou pelo pedido judicial de compensação com a Cofins, e não pela restituição.

Entende que quem a impede de fazer a compensação dos valores é a própria SRF, que, por meio de suas instruções normativas e atos administrativos, determina que somente podem ser compensáveis créditos administrados pela própria SRF; ou seja, não deixa de haver enriquecimento ilícito da União, já que mesmo havendo valor recolhido indevidamente (declarado judicialmente a favor da reclamante), impede a contribuinte de compensá-lo e nem quer restituí-lo, baseada em interpretação equivocada.

Argumenta que, de qualquer forma, já se passaram 4 anos da decisão judicial que determinou o seu crédito tributário, e quase 3 anos da protocolização do pedido de restituição, sendo que, até o momento, não recebeu os valores pagos indevidamente, o que lhe traz sérios prejuízos.

Por fim, requer a reforma da decisão da DRF/CTA, para que se considere o início da contagem do prazo de decadência, para efetuar o seu pedido de restituição, a partir do trânsito em julgado da decisão judicial nos autos n° 94.000.3850-0.

A DRJ em Curitiba – PR, através do Acórdão n° 883 de 03/04/2002, indeferiu a pretensão da ora recorrente, nos termos que a seguir se transcreve, omitindo-se apenas algumas transcrições legais:

“Inicialmente, cumpre esclarecer que a interessada, em 05/04/1994, impetrou, em face da União Federal, ação declaratória, protocolizada sob o n° 94.000.3850-0, junto à 4ª Vara da Justiça Federal em Curitiba/PR, visando a declaração:

(a) da inconstitucionalidade dos arts. 9º da Lei n° 7.689, de 1989, 7º da Lei n° 7.787, de 1989, 1º da Lei n° 7.894, de 1989 e 1º da Lei n° 8.147, de 1990;

(b) da existência de pagamentos indevidos, em razão do recolhimento do Finsocial acima da alíquota de 0,5%, no montante de 14.458,22 Ufir;

(c) do direito de compensar os valores que entende recolhidos indevidamente com IRPJ e IRRF, ou com outro tributo a ser estabelecido em sentença judicial.

Processo n° : 10980.014231/98-08
Acórdão n° : 303-32.376



Em 16/08/1995, foi prolatada sentença indeferindo o pedido (fls. 111/112); a interessada ingressou com embargos de declaração (fls. 114/118), que foram julgados procedentes, modificando a parte dispositiva da sentença de 1ª instância para reconhecer o direito da contribuinte em fazer a compensação dos valores pagos a maior do FINSOCIAL com valores devidos de COFINS (fl. 120); essa decisão de 1ª instância foi confirmada por acórdão da 1ª turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF/4ª), ao negar provimento ao apelo da União Federal e à remessa oficial 9fl. 144); a União Federal impetrou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reconheceu o direito à compensação do FINSOCIAL com a COFINS (fl. 167), tendo essa decisão transitado em julgado em 05/09/1997 (fl. 169).

À vista do exposto, verifica-se que a matéria submetida à via judicial foi a compensação do FINSOCIAL, recolhido em alíquota superior a 0,5% (cujo montante, 14.458,22 Ufir, atinente aos períodos de apuração 09/1989 a 11/1991, a interessada detalhou no demonstrativo de fl. 69), com a COFINS, tendo obtido autorização judicial transitada em julgado.

Diante da argumentação apresentada no pedido administrativo de restituição de fl. 01, de que pleiteia a restituição daquele valor, **pela inviabilidade de se beneficiar da decisão judicial favorável obtida, deve-se analisar o pedido como sendo exclusivamente na via administrativa**, não procedendo a argumentação de que teria obtido tal direito na justiça, uma vez que a decisão judicial deve ser observada nos seus estritos termos e nela se concede, tão-somente, o direito à compensação do FINSOCIAL, recolhido à alíquota superior a 0,5%, com a COFINS.

Verifica-se, assim, que o mesmo crédito de FINSOCIAL é objeto de pedido de compensação com débitos da COFINS na via judicial, e de pedido de restituição em dinheiro na via administrativa.

Na manifestação de inconformidade, a interessada alega que a contagem do prazo de decadência, para o ingresso com o pedido administrativo de restituição do FINSOCIAL, começou a fluir quando do trânsito em julgado da decisão judicial que considerou indevidos os pagamentos do FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5%, e autorizou a compensação de tais pagamentos indevidos com a COFINS, o que se deu em 05/09/1997 (fl. 169).

No entanto, não prospera tal entendimento, pois a sentença é taxativa ao reconhecer o direito de compensação do Finsocial com valores devidos de Cofins, não havendo menção à restituição, sequer na petição.

Por outro lado, o pedido administrativo de restituição, protocolizado em 25/11/1998, atinente a Finsocial, períodos de apuração 09/1989 a 11/1991, com data do último recolhimento em 05/12/1991 (fl. 23), deve obedecer ao disposto IN SRF n° 21, de 10 de março de 1997, alterada pela IN SRF n° 73, de 15 de setembro de

6

Processo nº : 10980.014231/98-08
Acórdão nº : 303-32.376



1997, ou seja, deve ser requerido à SRF, que decidirá conforme as definições contidas nessas instruções normativa.

Tal pedido administrativo está fulminando pela decadência do direito, conforme se esclarece a seguir.

Decadência

No que tange ao pedido de restituição de fl. 1, pelo exame dos arts. 165, I e 168, I, do CTN, constata-se que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a 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 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Dispõem os arts. 165, I, e 168, I, do Código tributário nacional, *in verbis*: (Transcrito).

Em se tratando de lançamento por homologação, como no caso discutido, a extinção do crédito, por previsão expressa do CTN, ocorre quando do pagamento e não em outro momento, *in verbis*: (Transcrito).

Quanto à condição resolutória, assim esclarece o art. 119 do Código civil (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916), *in verbis*: (Transcrito).

Para melhor se compreender o significado deste dispositivo, cite-se a lúcida lição de ALBERTO XAVIER, *in verbis*: (Transcrita).

Sobre o assunto, foi expedido o Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 96, de 26 de novembro de 1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, ato normativo com caráter vinculante para a administração tributária a partir de sua publicação, conforme os arts. 100, I, e 103, I do CTN, espancando qualquer dúvida a respeito, *in verbis*: (Transcritos).

Assim, é certo que na data da protocolização do pedido de fl. 1, em 25/11/1998, em face do transcurso do prazo de cinco anos da data da extinção do crédito fiscal correspondente, encontrava-se também extinto, em face da legislação, o direito de pleitear o indébito relativo a quaisquer recolhimentos efetuados antes de 25/11/1993, sendo que, no presente caso, o pagamento mais recente comprovado nos autos foi em 05/12/1991 (fl. 23).

Voto do Relator

Processo nº : 10980.014231/98-08
Acórdão nº : 303-32.376



Diante do exposto, voto por manter o indeferimento do pedido de restituição de crédito de finsocial, períodos de apuração 09/1989 a 11/1991, protocolizado em 25/11/1998, último pagamento em 05/12/1991, por estar esse direito extinto pela decadência.”

A recorrente foi intimada a tomar conhecimento dessa decisão da DRJ de Curitiba em data de 10/11/2003 (mês de 30 dias), conforme AR de fls. 208, apresentando Recurso Voluntário com anexo (fls.209 a 216), em 10/12/2003, portanto tempestivamente.

Neste seu arrazoadado, a recorrente reiterou os termos de sua solicitação inicial, para que fossem restituídos os valores devidamente atualizados do FINSOCIAL pagos a maior e efetivados esse pleito em data de 25/11/1998, ou compensados com tributos administrados por essa SRF, por ser de a muito optante do SIMPLES.

É o relatório.

Processo n° : 10980.014231/98-08
Acórdão n° : 303-32.376



VOTO

Conselheiro Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Relator

O Recurso está revestido das formalidades legais para sua admissibilidade, foi interposto tempestivamente conforme apreciação já devidamente efetivada quando do "Relatório", e é matéria de apreciação no âmbito deste Terceiro Conselho, portanto, dele tomo conhecimento.

Compulsando os documentos constantes dos autos, verifica-se que o recorrente ingressou na justiça apenas com o objetivo de que fosse declarada a inconstitucionalidade de majoração da alíquota do FINSOCIAL, o que lhe foi assegurado com trânsito em julgado da ação (fls. 169). Portanto, interposição de Ação Judicial quanto a inconstitucionalidade de majoração da alíquota não importa em concomitância.

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

O pedido de restituição 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 n° 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 31.8.1995 da Medida Provisória n° 1.110, de 30.8.1995 e devidamente publicada no DOU em 31/08/1995, que, após sucessivas reedições, foi convertida na Lei n° 10.522, de 19.7.2002

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

Processo nº : 10980.014231/98-08
Acórdão nº : 303-32.376



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.

Ademais, verifica-se que a DRF de Julgamento em Curitiba – PR, em seu Acórdão ora referenciado, se manifestou exclusivamente quanto a decadência (extinção do direito do recorrente de requerer a restituição).

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 formulado pela recorrente, já que proposto em 25/11/1998, de forma que VOTO para afastar a decadência, e como ainda não houve julgamento do mérito em primeira instância, é de se encaminhar o processo à repartição de origem, para que sejam julgadas as demais questões de mérito.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de Setembro de 2005

SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA - Relator