MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	13116.000296/99-26
SESSÃO DE	:	17 de junho de 2004
ACÓRDÃO Nº	:	301-31.264
RECURSO Nº	:	126.475
RECORRENTE	:	TRANSBRASILIANA HOTÉIS LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/BRASÍLIA/DF

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA EXERCER O DIREITO.
O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos contados da data do trânsito em julgado da sentença que, de forma definitiva, reconheceu o direito de o contribuinte recolher a contribuição à alíquota de 0,5%, possibilitando-lhe fazer a correspondente solicitação.
RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARA DETERMINAR O RETORNO DO PROCESSO A DRJ DE ORIGEM PARA EXAME DO RESTANTE DO MÉRITO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência, devolvendo-se o processo a DRJ para julgamento do mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 17 de junho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, VALMAR FONSECA DE MENEZES e LISA MARINI VIEIRA FERREIRA DOS SANTOS (Suplente). Ausente o Conselheiro CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO.

hf/1

RECURSO Nº	:	126.475
ACÓRDÃO Nº	:	301-31.264
RECORRENTE	:	TRANSBRASILIANA HOTÉIS LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A)	:	ATALINA RODRIGUES ALVES

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de compensação do FINSOCIAL pago indevidamente, nos períodos de apuração de agosto de 1989 a junho de 1991 e setembro de 1991, com base nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, declaradas inconstitucionais em decisão judicial prolatada pelo Egrégio TRF – 1ª Região, transitada em julgado em 18/04/1995 (fl. 102), com débitos de FINSOCIAL apurado no período de julho a agosto de 1991 e de outubro a março de 1992 e com prestações do parcelamento de COFINS (processo nº 10120.000980/94-09). Não obstante ser a interessada prestadora de serviços, a decisão judicial reconheceu-lhe o direito de recolher o FINSOCIAL pela alíquota de 0,5%, sem as majorações promovidas pela legislação retro citada.

O pleito, protocolizado em 09/07/1999, foi indeferido pelo Despacho Decisório SOTRI/DRF/Anápolis nº 003/00 (fls. 119/121), com base nos arts. 165, inciso I e 168, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966, no Ato Declaratório nº 96, de 26 de novembro de 1999 e no Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 1999, sob o fundamento de que já havia transcorrido o prazo decadencial de (cinco anos) contados desde a data da extinção do crédito tributário até a protocolização do pedido. Ressaltou, ainda, o despacho decisório que a decisão judicial transitada em julgado apenas reconheceu o direito da interessada recolher o FINSOCIAL à alíquota de 0,5%, sem contudo manifestar-se sobre a restituição ou compensação dos valores recolhidos a maior.

Inconformada com o indeferimento do seu pleito, a contribuinte apresentou, tempestivamente, manifestação de inconformidade às fls. 123/135. Em seu arrazoado requer a reforma da decisão impugnada e que seja reconhecido o seu direito creditório pleiteado às fls. 01/03, alegando, em suma:

- É empresa prestadora de serviços e encontra-se amparada por decisão judicial proferida no MS nº 91.4651-5, transitada em julgado em 18/04/1995, que declarou inconstitucional as majorações de alíquotas do FINSOCIAL, garantindo-lhe o direito de recolher a contribuição à alíquota de 0,5%, conforme certidão judicial acostada aos autos.

- Seu pleito encontra-se amparado em decisão judicial transitada em julgado, na IN SRF nº 21/97, alterada pela IN SRF nº 73/97 e no Parecer CST 67/86, segundo o qual todo o valor

pago acima do percentual reconhecido em juízo é pagamento a maior e passível de restituição e/ou compensação.

- No caso do FINSOCIAL, a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, nos termos do art. 150 do CTN.

- A contribuição para o FINSOCIAL foi regulamentada pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986, que estabeleceu no seu art. 122 prazo decadencial próprio para efeito de restituição, ou seja, 10 anos contados do pagamento ou recebimento indevidos.

- Nos termos do disposto no art. 168, I, do CTN, o termo inicial para contagem do prazo, para efeito de pedido de restituição, é a data de extinção do crédito tributário.

- Entre as formas de extinção do crédito tributário, o art. 156, do CTN elenca no seu inciso X, "a decisão judicial transitada em julgado".

- Segundo Hugo de Brito Machado, *in Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário*, Ed. Dialética, 1999, p. 22, o direito à restituição nasce com a declaração da inconstitucionalidade. Argumenta que neste sentido há precedente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 136.883-RJ, de 27/08/1991.

- Mesmo aplicando a orientação dada pelo AD nº 96/99 e no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, seu direito creditório originado em sentença judicial transitada em julgado é inconteste, uma vez que, neste caso o início de contagem do prazo prescricional é a data em que ocorreu o trânsito em julgado, conforme previsto no art. 156, X, do CTN.

A DRJ/Brasíla-DF ao apreciar a impugnação manteve o indeferimento do pleito, nos termos da Decisão DRJ/BSA nº 1.030, de 20/06/2000, proferida às fls. 138/142, cujos fundamentos encontram-se consubstanciados nas ementas, *verbis*:

"Ementa: FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO DECADENCIAL.

O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição paga indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância aos princípios da estrita legalidade tributária e da segurança jurídica.

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO
A majoração das alíquotas do Finsocial para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços é constitucional, em conseqüência, indevida a restituição de valores pagos a este título

COISA JULGADA (RES JUDICATA)
A "res judicata" proveniente de decisão transitada em julgado em uma ação declaratória, em que se cuidou de questões situadas no plano do direito fiscal material, não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência, tratando-se de relação jurídica continuativa.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA"

Cientificada da decisão proferida em Primeira instância, a contribuinte apresenta recurso tempestivo (fls. 145/164), no qual repele os fundamentos da decisão recorrida e repete os argumentos expendidos na impugnação.

Em 21/6/001, os Membros da 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes resolveram, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do Relator, Serafim Fernandes Correa (fls. 168/172), cujo teor, resumimos a seguir.

Em 22/08/1991, a interessada obteve liminar no Mandado de Segurança nº 91.5651-5, perante a 3ª Vara da Justiça Federal em Goiás, desobrigando-a de recolher o FINSOCIAL a partir de 22/08/91 (fl. 44).

Em 26/11/93, foi prolatada a sentença (fls. 79/80), nos seguintes termos:

"ISTO POSTO, concedo, em parte, a segurança pedida pelas IMPETRANTES, apenas para determinar que a cobrança da exação se atenha aos limites impostos pelo Egrégio STF, em razão da flagrante inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 e da majoração das alíquotas imposta pelos arts. 7º da Lei nº 7.787/89, art. 1º da Lei nº 7.894/90 e art. 1º da Lei nº 8.147/90, devendo ser observado no recolhimento do FINSOCIAL das partes acima descritas, quanto as parcelas ainda não pagas, os seguintes critérios:

a) da empresa comercial ou que exerça atividades comerciais nos termos do art. 1º do DL 1.940/82, a referida exação na alíquota de 0,5% (meio por cento), incidente sobre a receita bruta, até a superação do prazo do art. 13 da LC 70/91, ou seja, até 01.04.92,

b) das empresas prestadoras de serviço ou que exerçam atividades de prestação de serviço nos termos do art. 1º, § 2º do DL 1.940/92, a referida exação na alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o imposto de renda devido ou como se devido fosse, da data de sua instituição até dezembro de 1988 e 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta mensal a partir de julho de 1989 até a superação do prazo previsto no art. 13 da LC 70/91, sendo, portanto, inexistente a referida exação no período compreendido entre dezembro de 1988 a junho de 1989.

Revogo a decisão liminar de fls. 146, a fim de que possa a autoridade coatora ajustar as atividades de arrecadação à forma acima descrita."

Em 01/12/93, o Delegado da Receita Federal em Goiânia foi comunicado da referida decisão (fl. 81).

De acordo com os documentos de fls. 94/101, o TRF da 1ª Região negou provimento à remessa oficial em 06/02/95, tendo o Acórdão correspondente transitado em julgado em 18/04/95 (fl. 102).

Ante os fatos descritos o julgamento foi convertido em diligência a fim de que a DRF de origem prestasse as seguintes informações:

a) foi cumprida a decisão judicial, nos termos anteriormente descritos?

b) em caso positivo, foi formalizada a exigência através de auto de infração e compensados os valores que teriam sido recolhidos a maior com os valores devidos, de acordo com a decisão judicial?

c) em caso negativo, por quais razões não foi cumprida a ordem judicial?

d) solicitar do órgão competente da PFFN que informe se intentou alguma ação rescisória tendo em vista as reiteradas decisões do STF no sentido de que os aumentos das alíquotas do FINSOCIAL das empresas exclusivamente prestadoras de serviços são constitucionais (exemplos: AGRRE 255.182/RJ e EREED 192.292/RJ); e

e) prestar outros esclarecimentos que julgar convenientes.

Ressaltou o relator que "*cumprida a diligência deve a recorrente ser cientificada da mesma*", sendo-lhe reaberto o prazo de trinta dias para se manifestar.

Em atendimento ao pedido de diligência formulado, a DRF de origem por meio da informação de fls. 177/180, informou que as decisões do Delegado da Receita Federal em Anápolis e do Delegado de Julgamento em Brasília negaram o pedido de restituição/compensação em virtude de ter ocorrido a decadência. Ressaltou que, conforme decisão proferida pela DRJ/Brasília, a majoração das alíquotas do FINSOCIAL para as prestadoras de serviços é constitucional, sendo indevida a restituição de valores pagos a esse título. Concluiu suas informações nos seguintes termos:

> *"Assim, em cumprimento a Resolução da Primeira Câmara do Segundo Conselho, informo que a autoridade administrativa se fundamentou nas razões acima expostas para não reconhecer o crédito do sujeito passivo, que não foi lavrado auto de infração e, ainda, não ter a PFN impetrado ação rescisória."* (negritou-se e grifou-se)

Cientificada do resultado da diligência, a interessada, tempestivamente, manifestou-se sobre o mesmo, alegando, em síntese:

- A decisão judicial não foi cumprida;
- Há equívoco na informação fiscal com relação à lavratura do auto de infração, uma vez que a DRF/Anápolis lavrou, em 24/04/2001, auto de infração relativo aos débitos de FINSOCIAL do período de julho de 1991 a março de 1992. O lançamento formalizado no proc. nº 13116.000407/2001-71 foi impugnado e, posteriormente, julgado procedente conforme Acórdão 000.385, de 29/11/2001, o qual será objeto de recurso voluntário;
- A principal justificativa para o não cumprimento da decisão judicial foi o entendimento da DRF/Anápolis e da DRJ/Brasília de que o seu direito de pedir compensação/restituição havia decaído;
- O fato de a PFN não ter proposto ação rescisória assegura- lhe o direito de recolher o FINSOCIAL à alíquota de 0,5%, já que a decisão judicial transitada em julgado tem força de lei entre as partes, nos termos do art. 468, do CPC.

RECURSO Nº : 126.475
ACÓRDÃO Nº : 301-31.264

Foram anexadas à manifestação da contribuinte cópias do auto de infração (processo nº 13116.000409) e de ementas de Acórdãos a respeito da contagem do prazo decadencial (fls. 188/200).

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.475
ACÓRDÃO Nº : 301-31.264

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

No presente processo discute-se o pedido de compensação do FINSOCIAL pago indevidamente, nos períodos de apuração de agosto de 1989 a setembro de 1991, com base nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, declaradas inconstitucionais em decisão judicial prolatada pelo Egrégio TRF – 1ª Região, transitada em julgado em 18/04/1995 (fl. 102), com débitos de FNSOCIAL apurado nos meses de julho a agosto de 1991 e de outubro a março de 1992 e com prestações do parcelamento de COFINS (processo nº 10120.000980/94-09). Não obstante ser a interessada prestadora de serviços, a decisão judicial reconheceu-lhe o direito de recolher o FINSOCIAL pela alíquota de 0,5%, conforme consta na sentença proferida pelo Juiz Federal Substituto da 3ª Vara da Justiça Federal em Goiás, às fls. 79/80, *in verbis:*

> *"ISTO POSTO, concedo, em parte, a segurança pedida pelas IMPETRANTES, apenas para determinar que a cobrança da exação se atenha aos limites impostos pelo Egrégio STF, em razão da flagrante inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 e da majoração das alíquotas imposta pelos arts. 7º da Lei nº 7.787/89, art. 1º da Lei nº 7.894/90 e art. 1º da Lei nº 8.147/90, devendo ser observado no recolhimento do FINSOCIAL das partes acima descritas, quanto as parcelas ainda não pagas, os seguintes critérios:*
>
> *a) (...)*
>
> *b) das empresas prestadoras de serviço ou que exerçam atividades de prestação de serviço nos termos do art. 1º, § 2º do DL 1.940/92, a referida exação na alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o imposto de renda devido ou como se devido fosse, da data de sua instituição até dezembro de 1988 e 0,5% (meio por cento) sobre a receita bruta mensal a partir de julho de 1989 até a superação do prazo previsto no art. 13 da LC 70/91, sendo, portanto, inexistente a referida exação no período compreendido entre dezembro de 1988 a junho de 1989.*
>
> *Revogo a decisão liminar de fls. 146, a fim de que possa a autoridade coatora ajustar as atividades de arrecadação à forma acima descrita."*

O pleito da contribuinte, protocolizado em 09/07/1999, foi indeferido pela DRF/Anápolis, cuja decisão foi ratificada pela DRJ/Brasília-DF sob o fundamento de que o seu direito de pedir compensação/restituição havia decaído.

Assim, cumpre-nos verificar à vista do que consta dos autos se o direito de pleitear a restituição dos valores recolhidos a título de FINSOCIAL nos períodos de apuração de agosto de 1989 a setembro de 1991, com base nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, declaradas inconstitucionais em decisão judicial transitada em julgado, já havia sido atingido pela decadência.

Entendemos, à vista do disposto no art. 168, inciso I c/c os arts. 165, inciso I e 156, inciso X do CTN, que o prazo decadencial, no presente caso, é de 05 (cinco) anos contados da data em que ocorreu o trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito da contribuinte recolher o FINSOCIAL pela alíquota de 0,5%. Ressalte-se que, até então, a contribuinte não tinha reconhecida a impertinência da exação tributária anteriormente exigida.

Nos termos do disposto no art. 168, inciso I, do CTN, no caso de pagamento indevido de tributo, o termo inicial para contagem do prazo, para efeito de pedido de restituição, é a data de extinção do crédito tributário.

Por sua vez, o art. 156, do CTN elenca no seu inciso X, entre as formas de extinção do crédito tributário, "a decisão judicial transitada em julgado".

Frise-se que este tem sido o entendimento do Conselho de Contribuintes, conforme Acórdãos colacionados às fls. 197/200.

Assim, no caso de que trata o presente processo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para requerer o indébito tributário deve ser contado a partir da data em que transitou em julgado a sentença que reconheceu ao contribuinte o direito de recolher o FINSOCIAL sem as majorações previstas nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, consideradas inconstitucionais, ou seja, a partir de 18/04/1995. Tendo a interessada protocolizado o pedido de restituição dos valores considerados indevidos em 09/07/1999, não há que se falar em decadência de seu direito, uma vez que esta ocorreria apenas a partir de 17/04/2005.

De outra parte, denota-se que a autoridade julgadora de 1ª instância ao examinar o pleito da interessada concluiu que, por ser a mesma prestadora de serviços, seria indevida a restituição de valores pagos a título de FINSOCIAL, uma vez que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das leis que majoraram a alíquota da contribuição tão-somente para as empresas comerciais e mistas. Discordamos desse entendimento tendo em vista que a forma de recolhimento do FINSOCIAL pela interessada foi definida em decisão judicial definitiva a qual não foi objeto de ação rescisória conforme informou a DRF de origem, à fl. 180, ao

cumprir diligência solicitada pela 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Cumpre ressaltar que a instância administrativa não é o foro competente para desconstituir sentença judicial definitiva, cabendo à autoridade administrativa cumpri-la, mesmo que em desacordo com a jurisprudência do STF, já que decisão judicial transitada em julgado não se discute e, sim, cumpre-se.

Assim, tendo sido examinado no julgamento de Primeira Instância apenas as questões relativas à decadência e ao próprio direito material de pedir a restituição, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendemos descaber a apreciação do restante do mérito por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido a DRJ de origem para o referido exame.

Pelo exposto, voto no sentido de que seja dado provimento ao recurso, para aceitar a alegação do recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição, e para determinar o retorno do processo a DRJ de origem para apreciar o restante do mérito e os demais aspectos concernentes ao pedido de restituição/compensação da contribuição ao Finsocial.

Sala das Sessões, em 17 de junho de 2004

ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora