



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

Recorrente : J. SUÉDIO C. ROCHA & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Salvador - BA

FINSOCIAL - CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DIREITO DE REPETIR O INDÉBITO TRIBUTÁRIO - RESTITUIÇÃO - COMPENSAÇÃO - POSSIBILIDADE. O termo *a quo* do prazo prescricional do direito de pleitear restituição ou compensação relativo ao recolhimento de tributo efetuado indevidamente ou a maior que o devido em razão de julgamento da inconstitucionalidade das majorações da alíquota, pelo Supremo Tribunal Federal, é o momento que o contribuinte teve reconhecido seu direito pela autoridade tributária - M P nº 1.110, de 31.08.95. Devida a restituição, ou compensação com outros tributos, dos valores recolhidos ao FINSOCIAL em alíquota superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), majorada pelas leis já declaradas inconstitucionais pelo STF, com débitos tributários relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF.

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
J. SUÉDIO C. ROCHA & CIA. LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2002.

Otacilio Dantas Cartaxo
Presidente

Maria Cristina Roza da Costa
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Renato Scalco Isquierdo, Antônio Augusto Borges Torres, Lina Maria Vieira, Mauro Wasilewski, Maria Teresa Martínez López e Francisco Mauricio R. de Albuquerque Silva.
Imp/cf/ja



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

Recorrente : J. SUÉDIO C. ROCHA & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão proferida pelo Delegado da DRJ em Salvador - BA, referente ao indeferimento à solicitação de restituição de indébito relativo ao FINSOCIAL e compensação com as parcelas vincendas do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, apresentada em 04/06/1999.

Os créditos pretendidos referem-se à apuração de outubro/1989 a março de 1992, referente a pagamentos efetuados entre 13/11/89 a 15/04/92, a título de FINSOCIAL, conforme Planilha de fls. 02 e 03.

A Autoridade singular relatou como segue:

"Cuida-se de pedido de restituição de valores da Contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, recolhidos conforme as Leis nºs 7.689/1988, art. 9º; 7.787/1989, art. 7º; e 8.147/1990, art. 1º.

A Contribuinte protocolou Pedido de Restituição, apresentando, como motivo, o recolhimento a maior do FINSOCIAL, o que lhe daria direito à restituição dos respectivos valores pagos indevidamente, acrescidos de correção pela Ufir e juros pela taxa Selic, conforme o Decreto nº 2.138/1997 e IN SRF nº 21/1997.

O pleito foi indeferido com base nos arts. 165 e 168 do CTN, no Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/1999, e no Ato Declaratório SRF nº 096/1999, em virtude da decadência do direito, pois a petição fora protocolada após esgotado o prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário.

Intimada da decisão do Delegado da Receita Federal jurisdicionante, a Interessada, dentro do trintídio legal, apresentou manifestação de inconformidade, alegando, em síntese:

a) a decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ação direta, após transitada em julgado, deve ser dotada de eficácia ex tunc, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da norma considerada inconstitucional;

b) o Decreto nº 2.346/1997 determina a fiel observância, pela administração pública, das decisões do STF;

AP



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

c) o Parecer COSIT Nº 58/1998 aboliu as restrições quanto a restituição ou compensação, dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL e outras exações declaradas inconstitucionais pelo STF. Estabeleceu que a decadência é contada a partir do trânsito em julgado da decisão do STF e esta tem efeito ex tunc;

d) aduz que a própria administração já havia emitido as IN 31 e 32, de 1997, convalidando as compensações do FINSOCIAL recolhido a maior com a COFINS;

e) acrescenta que a formalização do processo deu-se muito antes do Parecer PGFN e da SRF que, mudando o entendimento até então vigente, motivaram o indeferimento;

f) deixa entender que o AD SRF nº 96/1999 determina a contagem do prazo de 5 anos da extinção do crédito, acrescido de mais 5 anos da homologação tácita, por ser esta a natureza do lançamento;

g) diz ser ilegal e inconstitucional os efeitos de um ato administrativo que retroaja para prejudicar o direito anteriormente legítimo e já estendido a muitos outros contribuintes;

Por fim, requer que lhe seja deferido o pedido de restituição ou compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL."

Fundamentando sua decisão, a autoridade monocrática expediu a seguinte

ementa:

"Ementa: FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL. DECADÊNCIA. O prazo decadencial do direito de pleitear restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente, inclusive no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário.

DECADÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, considera-se extinto o crédito, e portanto iniciado o prazo decadencial para pleitear restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente, com o pagamento antecipado, que já produz todos os efeitos que lhe são próprios, pois submete-se apenas a condição resolutória.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

Cientificada da decisão monocrática em 25/07/2000, a interessada, inconformada, apresentou recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes em 10/08/2000, alegando que a decisão ora recorrida baseia sua negativa no Ato Declaratório SRF nº 96, cuja data de expedição, 26/11/1999, é muito posterior à da protocolização do pedido de compensação apresentado, em 04/06/1999, estando esta, ainda, sob o entendimento proferido no Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998. Acresce que o inciso I do artigo 103 do Código Tributário Nacional não autoriza a aplicação retroativa do citado Ato Declaratório, e que a sua aplicação joga por terra o artigo 150 da Constituição Federal que veda a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.

Requer, ao fim, a revogação da decisão da DRJ em Salvador - BA.

Por se tratar de matéria não contemplada pelo § 3º do artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972, inexigível o depósito recursal.

É o relatório.



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA
MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA

Visa o presente litígio, exclusivamente, definir a existência ou não do direito à restituição e compensação, na data solicitada pela recorrente, dos valores recolhidos a título de Contribuição para o FINSOCIAL sob a égide das leis que majoraram a alíquota acima de 0,5%, prevista no Decreto-Lei de sua instituição, de nº 1.940/82, quais sejam, Lei nº 7.787/89 – alíquota de 1% sobre o faturamento a partir de 09/1989; Lei nº 7.894/89 – 1,2% sobre o faturamento a partir de 01/90 e Lei nº 8.147/91 – 2,0% sobre o faturamento a partir de janeiro de 1991, que vigeu até março de 1992.

Este Conselho, bem como o Primeiro, tem prolatado votos e acórdãos no sentido de reconhecer o direito à restituição e compensação dos valores recolhidos no percentual acima de 0,5% relativos ao FINSOCIAL. O querela prende-se somente à definição do *die a quo* do referido direito.

Transcrevo abaixo excertos do voto expedido, com preciso raciocínio jurídico, pela Relatora Luiza Helena Galante de Moraes, em Sessão realizada em 11/07/2001, referente ao Recurso nº 116.043, que gerou o Acórdão nº 201-75.075, que adoto no presente julgado:

“DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA

Constata-se que o fundamento do indeferimento do pleito da contribuinte pelas autoridades administrativas foi a suposta operação do instituto da prescrição, que pretendem seja caracterizada pelo decurso de prazo, tomado como termo a quo o pagamento do tributo.

Para tanto, fulcram o indeferimento da solicitação administrativa no art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Inobstante a lógica adotada na premissa da autoridade, a decisão ora atacada não pode prosperar.

A decisão da Delegacia da Receita Federal de indeferir o pedido de restituição, por ter sido o mesmo protocolizado em prazo superior a cinco anos da data de extinção do crédito tributário, é manifestamente contrária ao nosso entendimento.

A prescrição quinquenal é segurança jurídica. A questão surge quando se enfrenta o prazo a quo, e aí há que se levar em conta se a parte estaria juridicamente possibilitada a pedir e dormiu ou se isto não era possível. Nos presentes autos, sem que houvesse certeza jurídica, era inócuo o pedido. Assim, entendemos que o prazo começa a fluir do julgamento irrecorrível e definitivo pela mais alta esfera capaz de fazê-lo.

CR



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

Quando do pagamento da exação em tela, não havia decisão judicial irrecurável proferida pela Corte Suprema no sentido de ser ou não devido o recolhimento nos termos em que era exigido pelo Fisco. Destarte, os contribuintes efetuaram os recolhimentos ao FINSOCIAL à base de cálculo e alíquotas exigidas pelo Fisco nos períodos de apuração ocorridos.

Entretanto, quando do julgamento, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, de Recurso Extraordinário, em que teve a oportunidade de, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade das leis que majoram a alíquota do FINSOCIAL, aos demais contribuintes, ainda que não abrangidos pela eficácia da decisão proferida, surgiu o direito à restituição dos valores pagos a maior.

Não resta dúvida de que o prazo será sempre o do art. 168, I, do CTN, a não ser que lei complementar o modifique. O prazo decadencial para a Fazenda Nacional constituir o crédito tributário é também de 05 anos, tendo como termo a quo sempre o fato gerador, em atenção ao princípio do ato vinculado, que obriga o Fisco a notificar o contribuinte faltoso desde então, art. 150, § 4º, do CTN.

Já o contribuinte, para que possa requerer o que entende de direito, não pode basear-se em expectativa de direito, mormente em se tratando de recolhimento [...] exigido por lei; somente quando tal lei for declarada inconstitucional ou ilegal é que fica afastada a iniquidade da pretensão por decisão definitiva da Suprema Corte e que consolida o direito de pleitear a restituição do, agora sim, indébito.

É dizer, o recolhimento foi efetuado a maior não por erro do contribuinte, mas por exigência legal, eis que devido em face da legislação tributária aplicável. Portanto, somente a partir da declaração pelo STF da inconstitucionalidade das leis que majoram a alíquota do FINSOCIAL é que surge ao contribuinte o direito de restituir ou compensar a diferença recolhida a maior, que, a partir de então, se torna indevida, nos termos do inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional. Por isso, é este o termo inicial do prazo prescricional que corre contra o contribuinte para exercer seu direito de ação em face do Estado, buscando a restituição do tributo recolhido indevidamente ou a maior.

[...]

Como vemos, é necessário que se tenha o prazo de prescrição da restituição e/ou compensação a partir da declaração de inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL, tendo em conta os efeitos ex tunc desta decisão, fazendo com que a alteração da exação fosse excluída do mundo jurídico desde sua instituição. Foi, inclusive, nesse sentido, o voto do

ca



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

Ministro Francisco Peçanha Martins no julgamento do Resp supracitado [nº 157.034-SC (DJU de 29.05.2000)], que assim se pronunciou:

(...)

Na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade da exação, e, por isso, excluída do ordenamento jurídico desde quando instituída, como ocorreu com a contribuição para o Finsocial criada pelo artigo 9º da Lei nº 7.689, de 1988 (RE 150.764-1/PE, DJ de 02.04.93), penso que a prescrição só pode ser estabelecida em relação à ação e não com referência às parcelas recolhidas porque indevidas desde a sua instituição, tornando-se inexigível e, via de consequência, possibilitando a sua restituição ou compensação. Não há que perquirir se houve ou não homologação. O prazo prescricional só pode ser considerado para efeito do ajuizamento da ação, contado a partir da declaração da inconstitucionalidade. ...' (grifamos)

(...)

DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORAÇÕES DA ALÍQUOTA DO FINSOCIAL

Com efeito, ao ensejo do julgamento do RE nº 150.764-1/PE, publicado no DJU em 02/04/1993, o Pretório Excelso, incidentalmente, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 9º da Lei nº 7.787/89, 1º da Lei nº 7.894/89 e 1º da Lei nº 8.147/90.

Vale trazer a ementa do referido julgamento pelo Eg. STF, cujo relator foi o eminente Ministro Marco Aurélio:

'CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PARÂMETROS. NORMAS DE REGÊNCIA. FINSOCIAL. BALIZAMENTO TEMPORAL.

A teor do disposto no art. 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregados a participação mediante bases de incidência próprias – folhas de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1.940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais artigos 95 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por

(S)



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional. (grifamos)

Assim, na esteira da pacífica jurisprudência dos Tribunais, o FINSOCIAL é devido à alíquota e base de cálculo previstas no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.940/82, que o instituiu, até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 70/91, a qual instituiu a COFINS, em substituição à Contribuição ao FINSOCIAL.

Em que pese cuidar-se de controle difuso de constitucionalidade, tendo a máxima instância judiciária de nosso ordenamento jurídico se manifestado acerca da questão, os recolhimentos realizados a título de FINSOCIAL devem ser devolvidos ao contribuinte, exatamente como pretendeu a empresa ora recorrente.

No sentido da possibilidade de extensão dos efeitos do julgamento pelo STF aos outros contribuintes, em que pese não se tratar de eficácia erga omnes, que, em princípio, só acontece em controle concentrado de constitucionalidade, ou controle em abstrato, colacionamos a ementa, que, tratando de situação análoga, lecionou com impar propriedade:

'ADMINISTRATIVO.SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. GRATIFICAÇÃO DE ENCARGOS ESPECIAIS. INCORPORAÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 2.365/94, ART. 4º. INCONSTITUCIONALIDADE.

- A suspensão do pagamento da gratificação denominada "encargos especiais" não viola direito adquirido dos servidores, com apoio no art. 4º da Lei Estadual nº 2.365/94, tendo em vista que este dispositivo foi declarado inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

- Embora a inconstitucionalidade tenha sido declarada pelo controle difuso, não há impedimento para que, em casos iguais, aproveitem-se os seus efeitos.

- Precedentes.

- Recurso a que se nega provimento.'

(STJ – 2ª Turma – RMS nº8.275-RJ, rel. Min. Felix Fischer, julg. unânime, DJU de 07/11/1999). (grifamos)

Ademais, o próprio Governo Federal expediu normas no sentido de determinar a não constituição de créditos tributários baseados em lei ou ato



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

normativo federal, que tivessem sido declarados inconstitucionais pelo Colendo STF. [...].

DA RESTITUIÇÃO – DA COMPENSAÇÃO

Ultrapassadas as preliminares, e estando superados os motivos extintivos do direito da empresa ora recorrente, entendo procedente a pretensão da contribuinte de ter restituída a diferença de recolhimento efetuado com base na alíquota superior a 0,5%, tendo em conta a declaração de inconstitucionalidade das leis que a majoraram, tudo conforme os documentos juntados.

Merece, também, ser agasalhado o pedido de compensação dos referidos valores, formalizado às fls. Diante do entendimento de que é devida a restituição dos valores pagos indevidamente a maior, conforme fundamentação já exposta, entendo também procedente o pedido de compensação, atendidos os legais requisitos.


Nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, o contribuinte pode efetuar a compensação dos valores referentes a tributos pagos indevidamente ou a maior. Assim, cabível a pretensão da empresa ora recorrente de compensar os valores constantes dos documentos juntados referentes ao recolhimento do FINSOCIAL em alíquota superior, majorada pelas leis já declaradas inconstitucionais pelo Eg. STF.

Na realidade, desde a Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho e 1998, e assim em suas sucessivas reedições, passando também pela referida MP nº 1.699-40, foi estabelecido dispositivo que permite a restituição nestes casos, senão vejamos:

A Medida Provisória dispôs:

'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 a inscrição, relativamente.

(...)

III – à Contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689/88, na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento, conforme Leis nºs 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  *de zero vírgula um*





Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

por cento sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantias pagas.'

O disposto no referido art. 18, dispensando a constituição de crédito da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, e cancelando o lançamento e a inscrição relativamente ao FINSOCIAL, no que tange às majorações de sua alíquota declaradas inconstitucionais pelo STF, restringe a restituição de ofício. Ora, depreende-se que, mediante pedido do contribuinte, é perfeitamente viável a restituição ou compensação.

Em 31.08.95, foi publicada a Medida Provisória nº 1.110/95, que trouxe, em seu art. 17, III, o seguinte:

'Art. 17. 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 a inscrição, relativamente:

I

II

III – à contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 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."

Acresce-se a todo o exposto o fato de o pedido haver sido protocolizado em 14.10.1999, portanto ainda sob a égide do entendimento externado pelo Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, modificado pelo Ato Declaratório nº 096 somente em 26/11/1999, ou seja, em data posterior à do referido protocolo.

Quanto ao direito de compensação de valores recolhidos a maior entre tributos de espécies diferentes, a Instrução Normativa SRF nº 21, de 10/03/1997, preconiza em seu artigo 12:

"Art. 12. Os créditos de que tratam os arts. 2º e 3º, inclusive quando decorrentes de sentença judicial transitada em julgado, serão utilizados para

②



Processo nº : 13525.000088/99-60
Recurso nº : 115.813
Acórdão nº : 203-08.343

compensação com débitos do contribuinte, em procedimento de ofício ou a requerimento do interessado.

§ 1º A compensação será efetuada entre quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da SRF, ainda que não sejam da mesma espécie nem tenham a mesma destinação constitucional.” (destaquei)

Complementando esse comando a Instrução Normativa SRF nº 73, de 15/09/1997, alterou o artigo 23 da IN SRF nº 21/97, para autorizar:

“Art. 23. A pessoa jurídica que, até 31 de dezembro de 1997, quiser optar pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, relativamente ao ano-calendário de 1997, deverá pagar, por esse sistema, todos os impostos e contribuições de que for contribuinte, relativamente a todos os fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1997.

§ 1º Os valores devidos, calculados na forma do SIMPLES, relativos a períodos iniciados a partir de janeiro de 1997, poderão ser quitados mediante compensação com os impostos e contribuições pagos por meio de DARF específicos.” (grifei)

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, voto pelo provimento do recurso voluntário ora interposto, para reconhecer o direito da recorrente à restituição/compensação com parcelas vincendas do SIMPLES dos valores recolhidos a maior, em alíquota superior a 0,5% (cinco décimos percentuais), nos períodos e valores comprovados com a documentação juntada, tudo nos termos da fundamentação. Ressalva-se o direito de a Receita Federal verificar o efetivo recolhimento e os cálculos dos valores excedentes.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2002.


MARIA CRISTINA ROZA DA COSTA