



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 13807.005399/00-09
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3201-004.467 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2018
Matéria FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO
Recorrente FANAL SÃO PAULO COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1990 a 31/03/1992

PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62 DO RICARF. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DE RECURSO REPETITIVO PELO STJ.

Nos termos do artigo 62 do Regimento Interno do CARF, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (o anterior Código de Processo Civil), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado na sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil, entendeu, quanto ao prazo para pedido de restituição de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n.º 118, de 2005 (9/6/2005), que o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a chamada tese dos “cinco mais cinco” (REsp 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao Recurso Voluntário, para que a unidade preparadora, ultrapassada a questão decidida no voto, aprecie o mérito do litígio.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Charles Mayer de Castro Souza (Presidente), Paulo Roberto Duarte Moreira, Tatiana Josefovicz Belisario, Marcelo Giovani Vieira, Pedro Rinaldi de Oliveira Lima, Leonardo Vinicius Toledo de Andrade e Laercio Cruz Uliana Junior.

Relatório

A interessada apresentou pedido de restituição de Finsocial, com origem nos períodos de apuração de setembro de 1989 a março de 1992.

Por bem retratar os fatos constatados nos autos, passamos a transcrever o Relatório da decisão de primeira instância administrativa:

Trata-se de pedido de restituição protocolizado em 08/06/2000, relativo a valores recolhidos a título de FINSOCIAL no período de 16/10/1989 a 20/04/1992, para os períodos de apuração de 09/89 a 03/92, no qual a empresa interessada requereu a restituição de valores que, segundo sua alegação, teriam sido pagos indevidamente no que excedeu a alíquota de 0,5%.

2. Mediante Despacho Decisório de 01/03/2001 (fls. 216-219), a EQITD da DISIT da DRF São Paulo deixou de tomar conhecimento do pedido de restituição do requerente considerando que a empresa não comprovou ter suportado o encargo do Finsocial e também ante a verificação do decurso do prazo quinquenal para exercer o direito de restituição, considerado o último recolhimento de Finsocial foi efetuado em 20/04/1992 e o pedido foi protocolizado em 08/06/2000. Tal decisão baseou-se nos arts. 150, § 1º, 156, VII, e 168, I, todos do CTN e no Ato Declaratório SRF nº 96/1999.

3. Inconformado com o referido Despacho Decisório, do qual foi cientificado em 28/03/2001 (fls. 22 I), o contribuinte protocolizou, em 19/04/2001, a manifestação de inconformidade de fls. 222-248, na qual deduz as alegações a seguir resumidamente discriminadas:

3.1. O despacho decisório da Eqitd/Disit passou por cima de todo o Estado de Direito desrespeitando as contínuas e recentes decisões dos Tribunais Superiores com referência à jurisprudência e aos conceitos de prescrição e decadência dos prazos tributários. Utilizou-se de norma complementar à legislação tributária acessória como suporte final à sua decisão, sonogando o direito adquirido pela empresa no passado e ignorando que o uso de normas mais restritivas tem sempre efeito "ex-nunc". O autor do despacho decisório não solicitou a qualquer tempo em que o processo esteve à sua disposição quaisquer informações adicionais, nem requisitou à empresa os livros e demais documentos fiscais para exame.

Ignorou as declarações de imposto de renda da empresa, devidamente homologadas, e que registram os valores das bases

de cálculo utilizadas pelas Distribuidoras para os recolhimentos ao Finsocial em nome da empresa provando assim seu pagamento em bases superiores ao permitido legalmente.

3.2. A distribuidora, por obrigação legal, cobrava e recolhia o devido pelo TRR como sua substituta tributária obedecendo aos preços de revenda regulados em lei. O Decreto n.º 92.698/86 esclarecia as hipóteses de incidência, base de cálculo, alíquotas e a responsabilidade da distribuidora na cobrança e recolhimento do Finsocial. A distribuidora, ao cumprir o estabelecido como obrigação acessória na lei, prestava serviços ao fisco de cobrar e recolher a contribuição. A distribuidora não pagava a contribuição. Cita o § 7.º do art. 150 da CF como inspirador do regime de substituição tributária. A Constituição do Brasil exige a imediata e preferencial restituição desses créditos à empresa.

3.3. As empresas TRR tem no óleo diesel o maior volume de vendas, sendo inexpressivas as vendas dos demais óleos combustíveis comercializados. E como o óleo diesel sempre foi substituído tributária e integralmente, a parte absoluta dos faturamentos realizados pela empresa ocorreu na figura do substituto tributário. A SRF aceitou como legítimos os faturamentos apresentados nas declarações de renda e homologou-os, não questionando os recolhimentos realizados pelas distribuidoras. Para as demais operações que realizou, sem substituição tributária, a empresa recolheu a contribuição como preconizava a Lei, anexando todos os darfs como requerido.

3.4. Os documentos apresentados, reproduzindo à exaustão as obrigações acessórias e principal, colocam à disposição desta autoridade todas as informações de forma clara e precisa, identificando e atualizando os correspondentes créditos. O art. 1º e seu § 1º do Decreto-lei 1.940/82, que instituiu o Finsocial, estabeleceu como fato gerador a receita bruta, sendo que a SRF aceitou como legítimos os faturamentos apresentados nas declarações de renda, homologando-os sem questionar os recolhimentos realizados pelas Distribuidoras a qualquer tempo. Nos períodos mensais, as diferenças encontradas entre os valores retidos segundo as alíquotas votadas inconstitucionais, e os valores gerados pelo faturamento da empresa, constituem os créditos cuja restituição/compensação são solicitados. A título de exemplo, reproduz quadro com estrutura do preço de venda, emitida pelo Conselho Nacional do Petróleo, Portaria 041/90, de 16/03/90, que confirma e prova o valor do recolhimento el3rigatórig antecipado, d' s osto na ró ria estrutura de preços do Órgão Governamental encarregado do controle de preços. Evidencia também que o custo era e e lvam TRR, antecipadamente.

3.5. O AFRF lê na lei somente o que é de seu interesse, sonogando à empresa o direito à restituição do que lhe é devido, desrespeitando o estado de direito. Reconhece a possível existência do crédito do contribuinte ao mesmo tempo em que

busca nos escaninhos da lei o não reconhecimento ao direito pelo mérito legal. É preciso ler os artigos 165, I, e 168, I, do CTN em harmonia com todos os demais para que sua exata compreensão apareça, sem remendos ou parcialidades, e dentro da ordem jurídica de nossa Nação. Conforme art.165, CTN, a empresa tem direito, independente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, seja cobrança indevida do tributo, seja erro na determinação da alíquota aplicável, hipóteses aplicáveis ao caso presente. Mais, o direito de pleitear restituição extingue-se com o prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, conforme art.168, CTN.

3.6. No Finsocial a homologação dos lançamentos legais ocorreu por decurso do prazo de cinco anos devido à lei não fixar prazo para a homologação. O Fisco deixou transcorrer o prazo legal de que dispunha, contado da data do fato gerador da obrigação tributária principal (art.150, CTN). O parecerista conclui de forma equivocada a extinção do crédito tributário, e de forma falsa sobre a homologação tácita, impedindo com isso o direito da empresa recuperar o que é dela. Ao deixar de lado as considerações do art.150, §§ 1.º e 4.º do CTN, deixa também de lado o desejo da lei de estabelecer o poder da autoridade e sua correspondente responsabilidade. O pagamento antecipado é realizado rotineiramente pelo contribuinte mas a homologação do crédito declarado é sempre necessária, ainda que posterior ao lançamento, para que haja sua extinção. A autoridade não tem como se omitir da homologação expressa e pessoal. O art. 156 dispõe sobre a extinção do crédito tributário e confirma que mesmo no pagamento antecipado exige-se a homologação do lançamento como visto no art.150. Como conclusão há que se falar sim em contagem de prazo de 10 anos quando a Fazenda devendo homologar não o faz, e tem para isto o prazo legal de cinco anos. O AD SRF n.º 96/1999, ao expressar o CTN, apenas confirma as idéias aqui expostas. Cita a doutrina para confirmar sua tese.

3.7. No caso do Finsocial, a prescrição ao direito do contribuinte pela restituição é de 5 anos a contar da MP 1.100/95, com efeitos de lei e sua publicação continuada. Assim, desde 30/08/95 a SRF deveria ter revisto de ofício à empresa TRR os lançamentos ilegais e que resultaram nos créditos ora solicitados, sendo que o período de prescrição do direito do contribuinte somente se encerrara em 01/09/2000.

3.8. A IN SRF n.o 31/97 determinou a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional e sua revisão de ofício pelos seus Delegados e Inspetores, disposições não cumpridas até aqui. O Decreto n.o 2.194/97 autorizou o Secretário da Receita Federal a determinar a não constituição de créditos tributários baseados em lei declarada inconstitucional pelo STF. Ou seja, que não fossem realizados lançamentos, homologatórios ou não, que constituem a condição básica e impreterível para a existência dos créditos, por norma expressa do CTN. Mais, o art.2º exige a revisão de ofício, pela SRF, para alterar total ou parcialmente o crédito tributário já constituído. Repete que desde 30/08/95 deveria a SRF ter revisto de ofício os

lançamentos ilegais e que resultaram nos créditos ora solicitados.

3.9. Por fim, diante do exposto requer a revisão do despacho decisório.

A 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo julgou improcedente a manifestação de inconformidade, proferindo o Acórdão DRJ/SPI n.º 07.361, de 21/06/2005 (fls. 729 e ss.), assim ementado:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 30/09/1989 a 31/03/1992

Ementa: PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

DECADÊNCIA. O direito de o contribuinte pleitear a restituição decai no prazo de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito.

LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. No caso do lançamento por homologação, a data do pagamento do tributo é o termo inicial para a contagem do prazo em que se extingue o direito de requerer a restituição.

Solicitação Indeferida

Irresignada, a contribuinte apresentou, no prazo legal, recurso voluntário de fls. 02 e ss., cujas razões de defesa não serão relatadas em face do que exporá no voto.

Através da Resolução de fls. 83 e ss., o então Conselho de Contribuintes baixou os autos em diligência, a fim de verificar se houve ou não greve dos servidores da RFB, de forma a deixar prejudicado o protocolo do seu recurso. Retornados com a informação requerida, prolatou-se o Acórdão nº 303-35.068, de 29/01/2008, não o conhecendo por intempestivo (fls. 89 e ss.). A Recorrente, então, impetrou o Mandado de Segurança - MS de nº **2008.34.00.025547-5**, objetivando a apreciação do mérito do recurso.

A Procuradoria da Fazenda Nacional informa, por meio do doc. de fl. 764, que a sentença proferida pelo MM Juiz Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da ação mandamental antes referida julgou improcedente o pedido para denegar a segurança, porém a decisão foi revertida, pelo TRF da 1ª Região, em sede de apelação.

Interpostos Embargos de Declaração, retificou-se a fundamentação do acórdão embargado para acrescentar que a autorização para a devolução do prazo recursal seria para apreciação do mérito do Recurso Voluntário (fl. 849). Consulta ao sítio eletrônico em 26/11/2018, indicou o arquivamento do feito, sem alteração desta decisão judicial.

O processo foi distribuído a este Conselheiro Relator, na forma regimental.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Charles Mayer de Castro Souza, Relator.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade, entendemos que o recurso deve ser conhecido.

Em litígio, o prazo de extinção do direito de se pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

No caso ora em exame, o Finsocial que se alega indevido foi recolhido no período de **16/10/1989 a 20/04/1992**. O pedido foi protocolado em **08/06/2000** (ver fl. 119).

Muito embora a unidade de origem tenha afirmado, nos fundamentos do Despacho Decisório, que a Recorrente deixou de fazer prova de que efetivamente suportou o encargo tributário da contribuição (fls. 492 e ss.), a "ratio decidendi" foi a de que o direito reclamado já se encontrava extinto no momento em que fora apresentado.¹

Pois bem.

A matéria, como se sabe, encontra-se hoje pacificada. Tendo a Recorrente protocolado o seu pedido antes de 09/06/2005, o prazo prescricional aplicável ao caso é de dez a contar da ocorrência do fato gerador, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos (REsp 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009), e orientação encartada no Verbete de jurisprudência nº 91 do CARF: "Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador" (vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ante o exposto, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** ao recurso voluntário, para que a unidade preparadora, ultrapassada a questão aqui decidida, aprecie o mérito do litígio.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Charles Mayer de Castro Souza

¹ "Nestas condições, proponho que não se tome conhecimento do pedido, uma vez que, à data de sua apresentação, o direito pleiteado se encontrava extinto, considerados os dispositivos pertinentes da legislação em vigor" (fl. 496).