



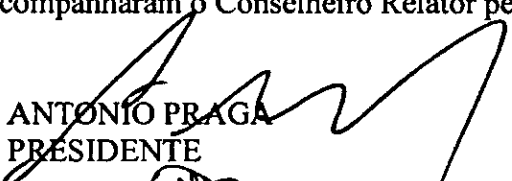
MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 13819.001575/99-90
Recurso nº : 302-125.733
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.
Interessada : DATAMACE INFORMÁTICA LTDA
Sessão de : 25 de fevereiro de 2008.
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Ante à inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, firmou entendimento de que o termo *a quo* para o pedido de restituição começa a contar a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, em 31/08/95, primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, expirando em 31/08/00. O pedido de restituição da contribuinte foi formulado em 21/06/99.
Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL,

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Judith do Amaral Marcondes e Antonio Praga acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões.


ANTÔNIO PRAGA
PRESIDENTE


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO.
RELATOR

FORMALIZADO EM: 14 JUL 2009

Participaram, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SUSY GOMES HOFFMANN, JUDITH DO AMARAL MARCONDES, ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO, ANELISE DAUDT PRIETO, NILTON LUIZ BARTOLI (Substituto convocado) e ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO.

Processo nº : 13819.001575/99-90
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

Recurso nº : 302-125.733
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : DATAMACE INFORMÁTICA LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição no valor de R\$ 12.091,21, em 21/06/99 (fl. 01), a partir de créditos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração da alíquota de Finsocial (RE 150.764/PE, DJU de 02/04/93, trânsito em julgado em 04/05/93) formulado pela contribuinte junto a DRF/S.B.Campo-SP, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de jan/90 a mar/92, conforme planilha (fls. 02/04) e DARFs (fls. 06/14).

Da Decisão DRF/SESIT/EQPTD nº 19/00, de fls. 48/49, que deixou de reconhecer o crédito tributário de Finsocial sob o argumento de haver decaído o direito ao pleito, com base nos fundamentos do Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e AD/SRF nº 96/99 (arts. 165-I e 168-I, CTN), a contribuinte impugnando o feito, alegou inexistir decadência na pretensão do seu direito, em face da tese dos 10 anos para a realização de sua pretensão, escudando-se nos arts. 122 do Dec. N° 92.698/86 e DL 2.049/83, art. 9°; art. 150, §§ 1° e 4°, c/c o 156-VII do CTN, além da MP nº 1.110/95.

O acórdão DRJ/CPS nº 869/01 (fls. 64/72), reiterando o entendimento exarado na decisão de fls. 42/45, prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, de acordo com os fundamentos contidos nos art. 150, § 1° e 168-I, todos do CTN, que estabelece que o pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito tributário com o pagamento, independentemente da condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, bem assim que o prazo para repetição de indébito previsto no art. 122 do Dec. 92.698/86 não possuía eficácia, posto que não foi recepcionado pela CF/88, que por força do art. 149 do mesmo *mandamus* remeteu ao seu art. 146 as disposições atinentes às normas gerais em matéria de legislação tributária.

Insurgindo-se contra a decisão de primeira instância a interessada interpõe recurso voluntário reiterando fatos e pretensão expendidos na exordial de forma minudente, mencionando jurisprudência em seu favor, entretanto sem inovar o seu entendimento sobre a matéria.

O Acórdão nº 302-35.807 (fls. 95/101) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

“PROCESSUAL. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA. NULIDADE.

É nula decisão proferida por outro agente público, que não o titular da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, em razão de delegação de competência conferida por Portaria do Delegado de Julgamento, em total confronto com as normas legais aplicáveis à espécie, especialmente o art. 59, inciso II do decreto 70.235/72. É imprescindível que a decisão a ser prolatada pela Primeira Instância Administrativa

Processo nº : 13819.001575/99-90
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

observe todos os preceitos legais pertinentes, sobretudo que seja emanada de servidor legalmente competente para tal.

ACOLHIDA A PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, INCLUSIVE, POR UNANIMIDADE."

O entendimento exarado pelo voto condutor, de ofício, de forma conclusiva, firmou o escólio pela nulidade da decisão de primeira instância, em caráter preliminar, com efeito *ex tunc*, para que outra nova e boa possa ser proferida, uma vez que a decisão sob exame foi proferida em 19 de junho de 2001, portanto sob a égide do art. 13 da Lei nº 9.784/99, que estabelece que "*II - não podem ser objeto de delegação a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva de órgão ou autoridade*" e, assim sendo, tal decisão reveste-se de vício insanável, incorrendo, pois, em nulidade prevista no art. 59 do Dec. 70.235/72, que dispõe que: "*I - são nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; II - e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa*".

O acórdão DRJ/CPS nº 5.548/03 (fls. 104/112), indeferiu a solicitação da contribuinte, concluindo que o prazo de prescrição para repetição de indébito do Finsocial extingue-se com o transcurso do quinquênio legal a partir de -2/04/93, data da publicação da decisão do STF – RE 150.764 – que julgou inconstitucional a majoração da alíquota. Aduziu que pedidos apresentados após essa data não podem ser atendidos, tanto pela interpretação do STJ, quanto pela posição da Administração, que, seguindo precedentes do STF sobre o prazo de extinção do direito de pleitear restituição, considera-o como sendo de cinco anos a contar do pagamento, inclusive para os tributos sujeitos à homologação.

A Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 302-36.529 (fls. 132/143), afastou a decadência do direito à restituição/compensação apontada pela decisão *a quo*, de acordo com os termos da ementa transcrita:

"FINSOCIAL. ALÍQUOTAS MAJORADAS. LEIS Nº 7.787/89, 7.894/89 E 8.147/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECFLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR. PRAZO. DECADÊNCIA. DIES A QUO E DIES AS QUEM.

O *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial do direito de pedir restituição de valores pagos a maior é a data em que o contribuinte viu seu direito reconhecido pela Administração Tributária, no caso, a data da publicação da MP nº 1.110/95. Tal prazo de cinco anos estendeu-se até 31/08/2002 *dies ad quem*. A decadência só atingiu os pedidos formulados a partir de 01/09/2000, inclusive, o que não é o caso dos autos.

As contribuições recolhidas a maior, devidamente apuradas, podem ser administrativamente compensadas, conforme requerimento do contribuinte, nos termos da IN SRF nº 21/97, com as alterações proporcionadas pela IN SRF nº 73, de 15 de setembro de 1997 e seguintes.

RECURSO PROVIDO POR MAIORIA, AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA."

Concluiu o voto condutor pela procedência do pedido de restituição/compensação apresentado pela recorrente, que foi protocolado antes de 30/08/2000 e, conseqüentemente, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da MP nº 1.110/95, publicada em 31/08/95.



Processo nº : 13819.001575/99-90
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

Cientificada do acórdão retromencionado em 23/02/05 (fl. 144), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 145/153), aviando o seu recurso em 25/02/05, com fulcro no art. 5º-I do RICSRF. Aduz o d. Procurador:

- O cerne da questão que se discute é saber qual o termo inicial e o final para a contagem do prazo que o contribuinte possui para pleitear a restituição do FINSOCIAL, que veio a ser declarado inconstitucional pelo Excelso Pretório.
- O v. acórdão recorrido entendeu que o direito de pleitear a restituição ou compensação do Finsocial somente começa a ser contada a partir da edição da MP nº 1.110/95, expedida em 30/08/95. Entretanto não há nada que justifique ser considerada a data da publicação da MP nº 1.110/95, o termo inicial da contagem do prazo para se pleitear a restituição do Finsocial.
- Pronuncia-se em favor da tese contida nos arts. 165-I e 168-I, ambos do CTN que reconhece o direito ao crédito tributário, entretanto, argüi que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção pelo pagamento (art. 156-I, CTN), ocorrendo o início da contagem do prazo decadencial de cinco anos no dia do pagamento espontâneo do tributo devido.
- Complementa o seu entendimento concemente ao prazo decadencial fundamentando-se no ADN/SRF nº 96/99 e no Parecer PGFN/CAT nº 1538/99, como normas integrantes da legislação tributária, de caráter vinculante para a administração tributária, conforme dispõem os arts. 100-I e 103-I do CTN.
- Não há na lei qualquer autorização para se considerar outro termo inicial da contagem do prazo para restituição do indébito mais favorável para o contribuinte, em detrimento do erário público.
- Requer a reforma da decisão hostilizada para que seja restituída a decisão de primeira instância.

Admitido o REsp da PFN em 16/05/05, conforme Despacho nº 58/05 exarado pelo Presidente da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 154/56).

O contribuinte (AR, fl. 160) tomando ciência do Acórdão nº 302-36.529 e do REsp da PFN, por meio de contra-razões, repele os argumentos expendidos pela Fazenda Nacional, postulando pelo seu improvimento e pela manutenção do acórdão hostilizado.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro Relator: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

A matéria versa sobre o reconhecimento de direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, DJU de 02/03/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

A tese esposada pela decisão de primeira instância adotou o entendimento contido no AD/SRF nº 96/99, consubstanciado nos arts. 165-I, 168 -I, 150-§ 1º e 156-I, todos do CTN, para argüir a decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição/compensação de indébito tributário oriundo da majoração da alíquota do Finsocial acima de 0,5%, majoração essa declarada inconstitucional pelo STF.

De acordo com esse entendimento, a referida decisão reconhece o direito do contribuinte ao crédito tributário (art. 165-I, CTN), entretanto, argüi que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção (art. 168-I, CTN) pelo pagamento (art. 156-I, CTN).

A Fazenda Nacional defende os mesmos argumentos, postulando pela reforma do acórdão recorrido e pelo restabelecimento da decisão de primeira instância.

De antemão, é sabido que o Dec. nº 92.698/86 não foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico (CF/88), por não estar fundado na lei geral sobre tributação e nem mesmo em lei especial derogatória, conclusão esta que já foi externada pela própria COSIT por meio do seu Parecer nº 58/98, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 437/98, com fulcro no art. 168, CTN, cujo direito do contribuinte pleitear a repetição do indébito extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado do pagamento indevido, da data de extinção do débito.

Observou-se, também, que a autoridade fiscal manteve-se inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

Logo, depreende-se que o cerne da querela restringe-se a contagem do prazo prescricional de cinco anos distinguindo-se quanto ao acerto do seu marco inicial, ou seja, da data para o contribuinte exigir o ressarcimento do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo o que se falar em decadência, por conseguinte em homologação.



Processo nº : 13819.001575/99-90
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

A posição emanada pela SRF em relação à repetição de indébito nos termos do art. 165-I do CTN é ambígua uma vez que inicialmente adotou o entendimento contido no Parecer COSIT nº 58/98, de 27/10/98, o reconhecimento expresso naquele Parecer que referenda como *dies a quo* pra o contribuinte requerer a restituição dos valores pagos a maior que o devido, em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, pela via incidental, é a data da publicação da MP nº 1.110/95, DOU de 31/08/95, sendo essa orientação seguida pelos seus órgãos até a edição do AD/SRF nº 96/99, de 30/11/99, ocasião em que passa o novo entendimento a se contrapor àquele esposado anteriormente.

Como visto, a SRF, em momentos distintos, adotou entendimentos diversos sobre a mesma matéria, desde a edição da MP nº 1.110/95. Com isso muitos contribuintes obtiveram êxito em seus pleitos no que concerne ao reconhecimento do direito creditório do Finsocial pelo simples fato de aviarem seus pedidos de restituição/compensação até a data de 30/11/99, enquanto outros tantos foram prejudicados por protocolarem seus pedidos após aquela data.

Resta claro que a conduta adotada pelo Fisco atenta não apenas contra a isonomia tributária, mas contra os princípios da segurança jurídica e do interesse público. Logo, depreende-se não ser esse o parâmetro adequado para a aferição do prazo ora questionado.

Ao contrário do que expôs o juízo *a quo*, é importante registrar que para que se cogite de um pleito da envergadura do ora analisado, faz-se necessário que o direito do contribuinte possa ser exercitável em sua plenitude. Nesse sentido, até que fosse julgada a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL pelo STF, os recolhimentos efetuados mês-a-mês pelo contribuinte, gozavam da presunção de legalidade. Logo, não haveria como se questionar a existência de indébito tributário, não haveria como se falar em prescrição, nem mesmo em marco inicial para contagem de prazo para restituição de valores, uma vez que o seu direito de ação ainda não podia ser exercido. Não havia, ainda, a liquidez e a certeza do direito ao crédito do sujeito passivo, pressuposto este autorizativo para a realização da compensação de seus créditos com débitos próprios junto à Fazenda Nacional (art. 170, CTN).

Apenas após a publicação do trânsito em julgado da decisão judicial no DJ, ou seja, a partir dessa data é que se pode falar em contagem de prazo de cinco anos em relação à prescrição. Análise essa pela qual a decisão de primeira instância passou ao largo.

Mediante esse raciocínio, em não se pronunciando a autoridade fiscal, materializou-se o direito subjetivo de ação de o contribuinte (arts. 174 e 168-I do CTN), para promover a ação de cobrança do crédito, ou seja, para se ressarcir do indébito tributário.

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional matéria essa questionada pela ora recorrente, traz-se à baila o Ac. CSRF/01-03.239 que sabiamente estabelece que em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo STF em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida *inter partes* em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo; e c) da **publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.**

Processo nº : 13819.001575/99-90
Acórdão nº : CSRF/03-05.590

A MP nº 1.110/95, art. 17 – III, DOU de 31/08/95 – p. 013397, por sua vez, foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, passando a ser utilizado como referencial para o marco inicial da contagem do prazo decadencial.

Somente com o advento dessa MP é que os contribuintes, de boa-fé e com a observância do dever legal, puderam demandar sobre o ressarcimento dos pagamentos indevidos, com base nas alíquotas majoradas, acima de 0,5%, nas épocas indicadas, da referida Contribuição para o FINSOCIAL, estabelecendo-se, certamente, com isso, o marco inicial.

O reconhecimento desse indébito restou consolidado através das reiteradas reedições e posteriores edições da retromencionada MP sob os nºs 1.142/95, 1.175/95, 1.209/95, 1.244/95, 1.281/96, 1.320/96, ..., 1.490/96 e 1.621-36/98, sendo convertida na Lei nº 10.522/02, a qual trata da matéria através do art. 18-III.

Posteriormente a essa MP a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF nº 32, de 09/04/97, em seu artigo 2º convalidou a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Cofins, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689/88, na alíquota superior a 0,5%. Significa dizer que a Administração Tributária por meio de ato administrativo também reconheceu o caráter indevido do já mencionado recolhimento.

Com esse entendimento também se coaduna a manifestação do jurista e tributarista Ives Gandra Martins, adiante:

“Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge do âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º, da CF.”

(Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178)

Insubsistente, portanto, os argumentos do d. Procurador com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de restituição de Finsocial formulado junto a DRF/S.B.Campo-SP é de 21/06/99 (fl. 01) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00, não havendo se falar em prescrição.

Ante o exposto, uma vez que já admitido o Recurso da Fazenda Nacional, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, nego-lhe provimento. É assim que voto.

Sala de Sessões, em 25 de fevereiro de 2008.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

