



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13839.000581/2001-68
Recurso nº 328.186 Embargos
Acórdão nº 9303-002.380 – 3ª Turma
Sessão de 13 de agosto de 2013
Matéria FINSOCIAL - DCOMP
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado FACHIN & BUSSI LTDA.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

Embargos de Declaração. Contradição.

Verificado contradição no acórdão embargado, acolhem-se os embargos, para suprir esse vício de procedimento, de modo a rerratificar o inteiro teor do julgado, com efeitos infringentes.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos declaratórios opostos pela Fazenda Nacional, conferindo-lhes efeitos infringentes, para rerratificar o acórdão embargado, dando-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Relator.

Marcos Aurélio Pereira Valadão - Presidente Substituto

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Joel Miyazaki, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Marcos Aurélio Pereira Valadão.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em face do Acórdão nº 03-05.410, sob a justificativa da ocorrência de contradição.

Este processo trata de pedido de repetição/compensação de indébitos de Finsocial, decorrentes de pagamentos excedentes à alíquota de 0,5 % (meio por cento) sobre o faturamento mensal, referente às competências de setembro de 1989 a março de 1992. O correto, segundo a planilha de fls. 61 e os darfs de fls. 62/75, é de janeiro de 1990 a março de 1992. Os recolhimentos foram efetuados entre as datas de 5 de fevereiro de 1990 e 2 de abril de 1992.

A DRF em Jundiaí, SP, indeferiu o pedido sob o fundamento de que, na data de seu protocolo, o direito de o interessado repetir os indébitos reclamados já havia prescrito. Também, a DRJ em Campinas, SP, julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta sob o mesmo fundamento legal, ou seja, a prescrição quinquenal, contada a partir de 2 abril de 1993, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 150.764, que julgou inconstitucional as majorações da alíquota daquele fundo, conforme acórdão nº 1.128 (fls. 104/112).

No julgamento do recurso voluntário apresentado pelo interessado, a Primeira Câmara do antigo Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, lhe deu provimento, conforme acórdão nº 301-31.537 (fls. 163/175); assim ementado:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES. Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. 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, contado de 12/6/98, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação.

Recurso a que se dá provimento, para determinar o retorno do processo DRJ para exame do mérito.”

Intimada desse acórdão, inconformada, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência (fls. 177/185), requerendo a sua reforma, a fim de que fosse reconhecida a decadência quinquenal do direito de o interessado repetir/compensar os indébitos pleiteados, defendendo a contagem do prazo de cinco anos a partir da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, nos termos dos art. 156, I, do CTN, c/c os arts. 165, I e 168, I, desse mesmo Código, restaurando o inteiro teor da decisão de primeira instância.

Julgado o recurso especial, os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do antigo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, acordaram em negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, sob as seguintes

ementas:

“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 2710/98, 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 06/04/01.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO. DUPLO GRAU. ANÁLISE DE MÉRITO.

Nos processos administrativos fiscais de pedido reconhecimento do direito creditório, cujo litígio instaurou-se apenas quanto ao prazo para interposição do pleito, ou seja, a unidade de origem da Receita Federal não apreciou o mérito, afastada essa preliminar, os autos devem retornar àquela origem para essa análise, podendo o contribuinte apresentar outra manifestação de inconformidade DRJ, no prazo de 30 dias da ciência, caso discorde da nova decisão.

***Recurso Especial do Procurador Negado.**” (destaques não originais)*

Já o acórdão recorrido teve a seguinte redação:

“Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Prevaleceu o entendimento que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para interpor o pedido de restituição do Finsocial iniciou-se em 31/08/1995, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110 de 30/08/1995. Em face da proposição de três teses distintas, na primeira votação ficaram vencidos os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio Jose Praga de Souza, que davam provimento integral ao recurso, sob o entendimento que esse prazo tem como marco final a publicação do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/1999. Em segunda votação foram vencidos os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Valmir Sandri, para os quais esse prazo é de 10 (anos), contados da ocorrência de cada fato gerador (tese dos "cinco + cinco"), e davam provimento parcial ao recurso. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio Jose Praga de Souza, vencidos na primeira votação, acompanharam a tese vencedora. 2) Pelo voto de qualidade, foi determinado o retorno

dos autos à Delegacia da Receita Federal (DRF) de origem, para enfrentamento do mérito, podendo o Contribuinte, se discordar da nova decisão, interpor manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Relator), Marciel Eder Costa, Anelise Daudt Prieto e Valmir Sandri que determinavam o retorno dos autos à DRJ. Designado para redigir o voto vencedor, nessa parte, o Conselheiro Antônio Jose Praga de Souza.

Antônio Praga - Presidente e Redator Designado

Otacílio Dantas Cartaxo – Relator (destaques não originais)

Segundo a embargante, o acórdão é contraditório pelo fato de a Turma ter negado provimento ao recurso especial e ao mesmo tempo ter reconhecido a decadência quinquenal do direito de o interessado repetir/compensar os indébitos tributários reclamados e utilizados nos pedidos de compensação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

Os embargos interpostos atendem aos requisitos de admissibilidade e, assim, devem ser conhecidos.

Da análise das ementas e da redação do acórdão, verificamos que assiste razão à embargante.

Na primeira ementa, consta expressamente que a contagem do prazo quinquenal de que o contribuinte dispunha para repetir os indébitos pleiteados deveria ser feita a partir de 31 de agosto de 1995, data da publicação da MP nº 1.110, expirando o prazo limite em 31 de agosto de 2000. Como o pedido em discussão foi protocolado em 6 de abril de 2001, naquela data, o direito de o interessado repetir/compensar os indébitos reclamados já havia prescrito. Este entendimento implicaria provimento ao recurso da embargante e não improvimento.

Contudo, na segunda ementa, embora não esteja expresso, ficou implícito que o direito do interessado, na data de protocolo seu pedido, não havia sido atingido pela prescrição quinquenal. Também, na redação do acórdão consta expressamente que o recurso especial da Fazenda Nacional foi improvido.

Assim sendo e, ainda, com todo respeito ao acórdão embargado, que foi bastante confuso, entendo que os embargos interpostos devem ser conhecidos e analisados à luz do entendimento vigente, quanto à contagem do prazo quinquenal para se repetir indébitos tributários decorrentes de tributos sujeitos a lançamento por homologação e pagos indevidamente e/ ou maior.

Os indébitos reclamados decorrem de pagamentos indevidos e/ ou maior do Finsocial, referentes aos períodos de competência de janeiro de 1990 a março de 1992, em face das majorações de sua alíquota, em percentuais superiores a 0,5 % (meio por cento) do faturamento mensal, julgadas inconstitucionais pelo STF.

A prescrição do direito de se repetir/compensar indébitos tributários está regulada no CTN, art. 165, I, c/c o art. 168, I, e na Lei Complementar (LC) nº 118, de 09/02/2005.

No entanto, em face da tese dos “cinco mais cinco” do Superior Tribunal de Justiça, vigente até a entrada em vigor da LC nº 118, de 2005, e do julgamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 566.621, c/c o disposto no art. 62-A do RICARF, aplica-se ao presente caso, em relação à decadência, a tese dos “cinco mais cinco”, tendo em vista que o pedido de restituição foi protocolado em 6 de abril de 2001.

O RICARF art. 62-A, assim dispõe:

“Art. 62-A. 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 nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

(...).”

Na decisão do RE nº 566.621, o Plenário do STF, ao negar provimento ao RE nº 566.221 interposto pela União Federal contra a decisão que reconheceu que a LC nº 118, de 09/02/2005, somente se aplica a partir de sua vigência, e que o prazo quinquenal para repetir indébitos decorrentes de tributos sujeitos a lançamento por convalidação, até então, era de 10 (dez) anos, cinco para a extinção tácita e mais cinco para a repetição, tese dos “cinco mais cinco”, sacramentou-se o entendimento de que a vigência desta tese permaneceu, para os pedidos protocolados até a entrada em vigor daquela lei complementar, em 09/06/2005.

Aplicando, ao presente caso, a tese dos “cinco mais cinco”, na data de protocolo do presente pedido restituição/compensação, em 06/04/2001, o direito de o interessado repetir/compensar os indébitos decorrentes dos pagamentos indevidos e/ ou maior referentes as competências de janeiro de 1990 a março de 1991, já havia decaído. O prazo limite para se repetir o indébito referente à competência de março de 1991 expirou em 31 de março de 2001. Já a repetição dos indébitos referentes às competências de abril de 1991 a março de 1992, não foram atingidos pela decadência e são passíveis de repetição/compensação.

Dessa forma, o acórdão embargado deverá ser rerratificado de conformidade com este voto, passando a ter as seguintes ementas:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

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

INDÉBITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO.

Em face do disposto no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), art. 62-A, c/c a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no RE nº 566.621, para os pedidos de restituição/compensação de indébito

tributário decorrente de pagamento a maior e/ ou indevido de tributo sujeito a lançamento por homologação, protocolados até a data de 09/06/2005, a contagem do prazo decadencial quinquenal do direito de se repetir/compensar o respectivo indébito deve ser feita segundo a tese dos “cinco mais cinco”, ou seja, cinco anos para a extinção do respectivo crédito tributário pela homologação e mais cinco para a repetição.

Os débitos decorrentes dos pagamentos referentes às competências de janeiro de 1990 a março de 1991 foram atingidos pela prescrição; já os referentes às competência de abril de 1991 a março de 1992 são passíveis de repetição/compensação.

Recurso Especial Provido em Parte.

Em face do exposto, acolho os embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional para rerratificar o acórdão embargado, conferindo-lhes efeitos infringentes, para dar provimento parcial ao recurso especial interposto por ela, **reconhecendo a prescrição do direito de o interessado repetir/compensar** os débitos decorrentes dos pagamentos indevidos e/ ou maior, a título de Finsocial, referentes às competências **de janeiro de 1990 a março de 1991**, mantendo, contudo, **seu direito de repetir/compensar** os débitos decorrentes dos pagamentos referentes às competências **de abril de 1991 a março de 1992**, cabendo a autoridade competente repetir/compensar os respectivos débitos de conformidade com as normas tributárias vigentes.

Henrique Pinheiro Torres