**MINISTÉRIO DA FAZENDA****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS****SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 35418.001222/2005-45
Recurso nº 255.130 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.095 – 3ª Turma Especial
Sessão de 8 de junho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO: EMPRESAS EM GERAL.
Recorrente COMERCIAL DISTRIBUIDORA DE FITAS ADESIVAS E LIXAS SÃO JUDAS TADEU LTDA.
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 01/01/2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL DÉCENAL. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O prazo para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente aos cofres públicos é de cinco anos contados da homologação do pagamento efetuado pelo contribuinte. Essa homologação poderá ser expressa ou tácita, verificando-se após o transcurso de cinco anos da data do efetivo pagamento sem que tenha havido qualquer manifestação da autoridade fiscal a respeito. Entendimento já corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça.

CONTRIBUIÇÃO AO SAT. REGULAMENTAÇÃO PELO DECRETO Nº 3.048/99. POSSIBILIDADE.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a possibilidade de norma regulamentar dispor sobre os conceitos de atividade preponderantemente para fins de definição do grau de risco leve, médio e grave, para fins de enquadramento à alíquota de 1%, 2% ou 3% da contribuição ao SAT.

Recurso Voluntário Negado

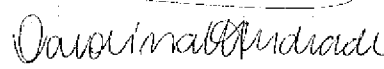
Direito Creditório Não Reconhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Turma Especial** da Segunda Seção de Julgamento, pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Carolina Siqueira Monteiro de Andrade (relatora), Vera Kempers de Moraes Abreu (Suplente) e Gustavo Vettorato. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Eduardo de Oliveira


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Presidente


EDUARDO DE OLIVEIRA - Redator designado


CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Júnior, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente)

Relatório

Trata-se de pedido de restituição de valores recolhidos por COMERCIAL DISTRIBUIDORA DE FIAS ADESIVAS E LIXAS SÃO JUDAS TADEU LTDA. relativos às competências de 01/1997 a 12/2000, sob o argumento de que a alíquota da contribuição ao SAT aplicável à empresa seria de 1% e não de 3%, em razão do grau de risco laborativo da sua atividade.

Na decisão de fls. 119/120, a Secretaria da Receita Previdenciária - Unidade Piracicaba/SP indeferiu o pedido formulado pelo interessado, sob o fundamento de que já estaria prescrito o direito do contribuinte de pleitear a restituição de valores recolhidos indevidamente relativos às competências 01/1997 a 08/2000, por força do disposto no art. 253, I, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99, tendo em vista que o pedido de restituição foi protocolado em 12/09/2005.

Contra essa decisão, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, alegando, em síntese, que o prazo prescricional aplicável à hipótese é aquele previsto no art. 168, I do Código Tributário Nacional, que prevê o prazo de cinco anos, contados da data da homologação do pagamento efetuado, para que o contribuinte possa solicitar a repetição do indébito. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como é o caso das contribuições previdenciárias, esse prazo apenas se iniciaria a partir da homologação tácita, que ocorre após o transcurso do prazo de cinco anos previsto no art. 150, § 4, CTN. Nestes termos, defende a Recorrente que o prazo para pleitear a restituição do indébito é de dez anos no total; e que há posição do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Federais a respeito do tema.

Com relação à regularidade do crédito pleiteado, argui o Recorrente a inconstitucionalidade do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, que regulamentou o grau de risco das atividades econômicas exercidas pelos contribuintes, de forma a enquadrá-los nas alíquotas de 1%, 2% ou 3% da contribuição ao SAT. Especificamente a seu respeito, informou o contribuinte que a exigência da contribuição em questão à alíquota de 3% decorre do seu enquadramento no CNAE 51.92-6, o que se deu única e exclusivamente pelo fato de não existir outro que pudesse refletir à sua realidade.

Esse é o relatório.

Voto Vencido

Conselheira CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE,
Relatora

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual passo a analisá-lo.

Com razão o Recorrente no que diz respeito à inexistência de prescrição para pleitear a devolução de valores recolhidos indevidamente nos anos calendários de 1997, 1998, 1999 e 2000.

O direito à restituição dos valores recolhidos indevidamente aos cofres públicos é assegurado pela disposição contida no art. 165 do Código Tributário Nacional, que assim estabelece:

"Art. 165 O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido."

O prazo para pleitear a referida restituição, por sua vez, é determinado pelo art. 168, I do Código Tributário Nacional, segundo o qual *"o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário"*.

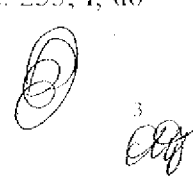
É nesse contexto que foi editada o art. 253, I, do Regulamento da Previdência Social, que, como se verá abaixo, tem exatamente a mesma redação da norma trazida pelo Código Tributário Nacional:

"Art. 253 O direito de pleitear restituição ou de realizar compensação de contribuições ou de outras importâncias extingue-se em cinco anos, contados da data

I - do pagamento ou recolhimento indevido,

Considerando que os recolhimentos foram realizados nos meses de 02/1997 a 12/2000, dever-se-á ser aplicada ao caso a jurisprudência consolidada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, advindo os indébitos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo para se pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente é de dez anos.

Como se verá adiante, a construção jurisprudencial tem como ponto de partida a conjugação dos enunciados contidos nos arts. 168, I, ambos do CTN. Tal como ressaltado, o prazo de cinco anos previsto pelo art. 168, I, CTN, e repetido pelo art. 253, I, do Regulamento da Previdência Social, é contado do pagamento indevido do tributo.



Há que se ressaltar, contudo, que, consoante o previsto no art. 150, § 4º, CTN, esse pagamento só é considerado definitivo após a homologação expressa ou tácita pelo Fisco, sendo que essa última apenas será verificada após cinco anos da ocorrência do fato gerador. Confinando-se, a respeito, o teor do referido artigo:

"Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

(.)

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação "

Nestes termos, concluiu o STJ que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo para pleitear a restituição/compensação dos valores recolhidos indevidamente seria de dez anos, contados da data de ocorrência do fato gerador. Exemplificativamente, os Julgados: RESP 44.221, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ERESP 42.720, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, ERESP 48.013, Rel. Min. Ari Pargendler, ERESP 47.879, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, ERESP 65.490, Rel. Min. Hélio Mosimann, ERESP 289.398 Franciulli Netto, ERESP 286.552, Min. Eliana Calmon, ERESP 346.664, Rel. Min. Castro Meira, ERESP 449.751, Rel. Min. José Delgado, ERESP 416.266, Rel. Min. João Otávio de Noronha, ERESP 667.628, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

Consolidou-se, desta forma, a chamada tese dos "cinco mais cinco" anos, aplicável em todas as hipóteses nas quais se pretendesse compensar ou ver restituído valor recolhido a mais a título de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Por todo o exposto, deve ser aplicada ao presente caso a previsão contida no art. 253, I, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, que estabelece que o prazo de cinco anos para pleitear a restituição deve ser contado do pagamento indevido do tributo. Essa disposição, contudo, deverá ser interpretada em conjunto com o disposto no art. 150, § 4º, CTN, em estrita consonância com a jurisprudência sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, será de dez anos o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição dos indébitos tributários.

Por fim, cumpre esclarecer que a disposição contida no art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, que estabelece que o prazo prescricional para a restituição de tributos, previsto no art. 168, I, CTN, seria contado do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei, não se aplica à hipótese dos presentes autos.

Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, o referido dispositivo legal trata-se, na verdade, de norma que atribui ao mencionado art. 168, I, CTN sentido diverso daquele já dado anteriormente pela Corte. Não se poderia, por essa razão, considerá-la norma de caráter interpretativo, como consta na ementa da Lei Complementar nº 118/2005.

Esse entendimento foi formalizado por meio do posicionamento sedimentado pela Seção de Direito Público, na sessão de 27.4.2005, no julgamento dos Embargos de

Divergência no Recurso Especial 327.043/DF, da Relatoria do Min. João Otávio de Noronha, pôs fim a controvérsia instaurada pelo mencionado diploma legal, determinando o afastamento da disposição contida no art. 4º da referida lei, nos seguintes termos:

“Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos. Admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre os fatos passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Significaria, ademais, consagrar ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09 de junho de 2005.

(.)

Ocorre que o art. 4º da Lei Complementar 118/2005, em sua segunda parte, determina, de modo expresso, que, relativamente ao seu art. 3º, seja observado ‘o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’, vale dizer, que seja aplicada inclusive aos atos ou fatos pretéritos. Ora, conforme antes demonstrado, a aplicação retroativa do dispositivo importa, nesse caso, ofensa à Constituição, nomeadamente ao seu art. 2º (que do dispositivo importa, nesse caso, ofensa à Constituição, nomeadamente ao seu art. 2º (que consagra a autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e ao inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão ‘observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005.”

Pois bem, uma vez ultrapassada a questão prejudicial de mérito, restando estabelecido que não houve a prescrição do direito do contribuinte de pleitear a devolução dos valores pagos no período de 02/1997 a 12/2000, resta agora analisar a regularidade do crédito arguido.

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte requer a devolução integral dos valores recolhidos aos cofres previdenciários à título de contribuição ao SAT, em razão da “*da incompatibilidade do enquadramento para a contribuição referente ao SAT com o enquadramento no CNAE, de acordo com o Decreto nº 3.048/99*”.

A priori, há que se ressaltar que a atividade da Administração Pública é, por força do que dispõe o art. 37 da Constituição Federal de 1988, plenamente vinculada à lei. Dessa forma, não pode a autoridade fiscal deixar de aplicar o que se encontra expressamente previsto na legislação previdenciária. Havendo enquadramento legal, pelas normas contidas no Decreto nº 3.048/99, das atividades constantes do CNAE informado ao Fisco à alíquota de 3% da contribuição ao SAT, o contribuinte não pode se furtar de recolher o valor devido ou, nem mesmo pode requerer a sua restituição, sob o argumento de que tal recolhimento seria indevido.

Nestes termos, qualquer alegação acerca de inconstitucionalidade ou ilegalidade da aplicação de regulamento que trate de contribuição previdenciária é matéria que foge à alçada deste órgão administrativo de julgamento, havendo, para isto, os meios judiciais próprios.

todavia, apenas a título de esclarecimento, insta ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que todos os elementos necessários à instituição de obrigação tributária válida estão presentes na Lei nº 7.787/89, art. 3º, inciso II, e na Lei nº 8.212/91, art. 22, inciso II. O fato de a lei deixar para o regulamento, no caso o Decreto nº 3.048/99, a complementação dos conceitos de "*atividade preponderante*" e "*grau de risco leve, médio e grave*" não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica.

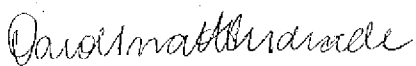
Em análise do voto do Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE 343.446/SC, percebe-se que a leitura combinada do inciso II, alíneas "a", "b" e "c", com o § 3º, ambos do art. 22 da Lei nº 8.212/91, permite a conclusão de que a norma primária, que fixou a alíquota, delegou ao regulamento a função de alterar, com base em estatística e análise concreta dos casos futuros, o enquadramento referido nas referidas alíneas, ou seja, a definição de risco "leve", "médio" e "grave". Portanto, a norma primária não fez nada mais do que garantir a sua boa aplicação no caso concreto, delegando ao regulamento as referidas atribuições. O regulamento, nesse contexto, foi criado na forma prevista pela norma primária, e não modifica a essência da contribuição, mas apenas delimita conceitos necessários à aplicação concreta da norma, pelo que se conclui pela sua validade.

Em assim sendo, já tendo o próprio STF reconhecido a validade da regulamentação dos conceitos de atividade preponderante e de seus riscos para fins de definição da alíquota da contribuição ao SAT pelo Decreto nº 3.048/99, não restam dúvidas de que pretensão do contribuinte é despropositada.

Diante do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e confirmo a decisão de primeira instância no que diz respeito à inexistência de indébito tributário a ser restituído.

É como voto

Sala das Sessões, em 8 de junho de 2010


CAROLINA SIQUEIRA MONTEIRO DE ANDRADE

Voto Vencedor

Conselheiro EDUARDO DE OLIVEIRA, Relator designado

No que tange a aplicação da tese do Superior Tribunal de Justiça – STJ relativa ao prazo de restituição do indébito chamada de (5+5), entendo que esta é inaplicável na via administrativa por conta do princípio da legalidade estatuído no artigo 37, caput, da CF/88.

Desta forma, há de incidir a regra do artigo 168, I, do CTN c/c os artigos 253, § 1º e 347, § 1º, ambos, do Regulamento da Previdência Social – RPS, apenso ao Decreto 3.048/99.



Verifica-se com isso que não é só em razão de ser devido o tributo que a repetição se mostra indevida, com bem salientou a D. Relatora, mas também, porque não existe o suposto direito creditório alegado pelo contribuinte ante a prescrição deste suposto direito pela passagem do lustro temporal.

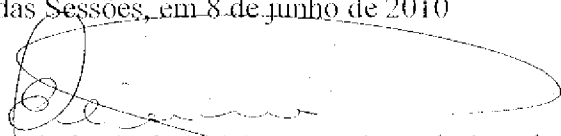
CONCLUSÃO

Assim sendo, em razão da incidência das duas causas impeditivas da repetição, quais sejam inexistência do direito creditório, uma vez que a exação do SAT é constitucional, legal e devida, bem como pela prescrição do suposto direito creditório, acompanhando as conclusões da Ilustre Relatora.

Conheço do Recurso e no mérito NEGO-LHE PROVIMENTO, entendendo inaplicável na seara administrativa a tese temporal do STJ.

É como voto.

Sala das Sessões, em 8 de junho de 2010


EDUARDO DE OLIVEIRA - Redator designado

