



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

Processo n° 10280.000411/99-54
Recurso n° 178.231 Voluntário
Acórdão n° **3802-00.894 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 20 de março de 2012
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO
Recorrente DENDÊ DO PARÁ S/A - DENPASA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

FINSOCIAL. DIREITO DE RESTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DE DECADÊNCIA. PEDIDOS PROTOCOLADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. APLICABILIDADE.

No âmbito processo administrativo fiscal, por analogia ao processo judicial, reconhecida por decisão definitiva do Plenário do C. Supremo Tribunal Federal (STF) a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118, de 2005, a aplicação do novo prazo decadencial de 5 anos do direito de repetir o indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação considera-se válida tão-somente em relação aos pedidos de restituição protocolados a partir de 9 de junho de 2005. Aos pedidos protocolados antes desta data, aplica-se a tese dos “cinco mais cinco”, sendo o prazo decadencial de 10 (dez) anos contado a partir da ocorrência do fato gerador.

RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO DECORRENTE DE NORMA TRIBUTÁRIA DECLARADA INCONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE.

É passível de restituição a parcela da Contribuição ao Fundo de Investimento Social (Finsocial) exigida das pessoa jurídicas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos 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, declaradas inconstitucionais pela C. Supremo Tribunal Federal (STF).

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª Turma Especial da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento - Relator.

EDITADO EM: 05/04/2012

Participaram da Sessão de julgamento os Conselheiros Regis Xavier Holanda, Francisco José Barroso Rios, José Fernandes do Nascimento, Solon Sehn, Cláudio Augusto Gonçalves Pereira e Tatiana Midori Migiyama. Ausente o Conselheiro Bruno Maurício Macedo Curi.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário oposto com o objetivo de reformar o Acórdão nº 01-12.023, de 17 de setembro de 2008 (fls. 109/115), proferido pelos membros da 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém/PA (DRJ/BEL), em que, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação do sujeito passivo, com base nos fundamentos resumidos na ementa a seguir transcrita:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O direito de pleitear restituição/compensação de valores pagos indevidamente, inclusive em razão da inconstitucionalidade de texto normativo, prescreve em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS. EFEITOS.

São improficuos os julgados judiciais e administrativos trazidos pelo sujeito passivo, por lhes falecer eficácia normativa, na forma do artigo 100, II, do Código Tributário Nacional.

Solicitação Indeferida

Por bem descrever os fatos que motivaram o presente Recurso, transcrevo a seguir o Relatório encartado no Acórdão recorrido:

A interessada acima qualificada apresentou, em 02/02/1999, o Pedido de Restituição de fls. 01/05, pelo qual pretende a

repetição de créditos relativos a alegados recolhimentos

indevidos de Finsocial do período de 09/1989 a 03/1992, no total da R\$ 267.745,36, vinculando a tal crédito pedido de compensação com “parcelas vincendas das contribuições ao PIS e da COFINS”, as quais não identifica.

2. A Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belém, por intermédio do Despacho Decisório de fls. 52/53, indeferiu o Pedido de Restituição, não reconhecendo o direito creditório pleiteado, e considerou homologada de forma tácita a compensação.

Cientificada, a contribuinte apresentou a manifestação de inconformidade de fls. 58/85, na qual alega, em síntese, que:

a) Apresentada manifestação de inconformidade, o débito será suspenso, não podendo ser objeto de cobrança, até o julgamento administrativo final. Assim, os PER/DCOMP vinculados ao presente processo estão com os valores suspensos.

b) Já se encontra pacificado no Superior Tribunal de Justiça e mesmo no Conselho de Contribuintes o entendimento de que, em relação aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, seu prazo decadencial só tem início quando decorridos cinco anos, a contar-se da homologação tácita do lançamento, sendo que o prazo prescricional de cinco anos inicia-se apenas partir da data em que houve a homologação, expressa ou tácita. Alternativamente, o prazo decadencial deve ser considerado a partir da edição da MP nº 1.110, de 1995, momento a partir do qual o Poder Executivo admitiu erga omnes que a cobrança do Finsocial majorado foi indevida. Refere julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho de Contribuintes.

c) A falta de correção monetária dos valores pagos indevidamente a título de Finsocial, face à inconstitucionalidade de suas alíquotas, faz com que a compensação pretendida perca todo o seu alcance. Logo, a plena correção monetária sobre os recolhimentos indevidos, bem como a incidência de juros Selic é devida Refere jurisprudência e julgados administrativos.

4. Em face de tais alegações, requer que seja modificado o despacho decisório recorrido, assegurando-se a restituição pretendida com as atualizações cabíveis, bem como que sejam suspensos os créditos objeto de PER/DCOMP vinculados ao processo.

5. É o relatório.

Sobreveio o Acórdão recorrido, sendo dele cientificada a Interessada, por via postal (fl. 118), em 27/10/2008. Inconformada, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 120/143, protocolado em 14/11/2008 (fl. 119), em que reapresentou as razões de defesa apresentadas na manifestação de inconformidade.

No final, requereu o julgamento procedente do presente Recurso, para que fosse integralmente modificado o Acórdão recorrido e reconhecido o direito de restituição dos valores indevidamente pagos nos dez anos anteriores a data da formalização do presente pleito,

ou seja, desde 02/02/1989, acrescidos da correção monetária plena, incluindo expurgos inflacionários, e dos juros moratórios, calculados com base na variação da taxa Selic.

Em cumprimento ao despacho de fl. 163, os presentes autos foram enviados a este E. Conselho. Na Sessão de julho de 2010, em cumprimento ao disposto no art. 49 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, foram distribuídos, mediante sorteio, para este Conselheiro.

Nos termos do Despacho nº 3802-00.010, de 04 de maio de 2011, o presente processo ficou sobrestado, retornando a julgamento por força do disposto no art. 4º da Portaria CARF nº 001, de 3 de janeiro de 2012 e tendo em vista que, em 27/02/2012, foi proferida a decisão definitiva do Plenário do C. STF sobre a matéria que estava pendente de julgamento naquela Corte, sob o regime de repercussão geral, estabelecido no art. 543-B do Código de Processo Civil.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Fernandes do Nascimento, Relator

O presente Recurso é tempestivo, foi apresentado por parte legítima, trata de matéria da competência deste Colegiado e preenche os demais requisitos de admissibilidade, inclusive o limite de alçada, porém, apenas o conheço parcialmente, pelas razões a seguir expostas.

Do conhecimento parcial do presente Recurso.

Em 02/02/1999, a Interessada a apresentou a Petição de fls. 01/05, em que requereu a devolução da parcela indevida da Contribuição ao Finsocial dos meses de outubro de 1991 a março de 1992, recolhida acima da alíquota de 0,5%, acompanhado de pedido de compensação com débitos vincendos das contribuições para o PIS/Pasep e Cofins.

Instruindo o referida Petição, seguiram-se os Pedidos de Restituição e de Compensação de fls. 35/36. No primeiro, foi informado crédito da Contribuição ao Finsocial no valor de R\$ 267.745,36. No segundo, nenhum débito foi informado, apenas os códigos dos tributos a serem compensados (contribuições para o PIS/Pasep e Cofins).

Na data da formulação dos referidos Pedidos de Restituição e Compensação, vigia a Instrução Normativa SRF nº 21, de 10 de março de 1997, cujo § 3º do art. 12, com redação dada pela Instrução Normativa SRF nº 73, de 15 de setembro de 1997, que permitia a compensação com débitos vincendos, ou seja, débitos vencidos após a data de obtenção do crédito.

A referida Instrução vigeu até 01/10/2002, quando foi expressamente revogada pela Instrução Normativa SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, que institui os procedimento da nova sistemática de compensação, mediante Declaração de Compensação(DComp), instituída pela Medida Provisória nº 66, de 29 de agosto de 2002, convertida na Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, que deu nova redação ao 74 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Em consequência da nova sistemática de compensação, somente os Pedidos de Compensação que atendessem os requisitos estabelecidos na Instrução Normativa SRF nº 21, de 1997, protocolados na Unidade da Receita Federal da jurisdição do contribuinte antes de 30/09/2002 e pendentes de julgamento em 01/10/2002, foram convertidos em DComp, nos termos do art. 64 da Instrução Normativa nº 460, de 18 de outubro de 2004, dispositivo que foi mantido nas Instruções Normativas seguintes e que continha a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 64. Serão considerados Declaração de Compensação, para os efeitos previstos no art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação determinada pelo art. 49 da Lei nº 10.637, de 2002, e pelo art. 17 da Lei nº 10.833, de 2003, os pedidos de compensação que, em 1º de outubro de 2002, encontravam-se pendentes de decisão pela autoridade administrativa da SRF.

Analisando os presentes autos, verifica-se que, até 30/09/2002, a Interessada não havia acostado aos autos nenhum Pedido de Compensação que atendesse tais requisitos.

De fato, o formulário Pedido de Compensação de fl. 36, embora tivesse sido protocolado na mesma data do Pedido de Restituição (em 02/02/1999) e estivesse supostamente pendente de julgamento em 01/10/2002, evidentemente, de pedido de compensação ele não trata, haja vista que nele não havia sido discriminado os valores dos débitos a serem compensados, condição indispensável para efetivação do encontro de contas.

Logo, se não havia débitos a serem compensados, por conseguinte, o referido formulário não se converteu em Dcomp, pois, como é cediço a compensação somente pode se efetivar se houver crédito certo, líquido e passível de restituição ou ressarcimento com débitos exigíveis, ambos de valores equivalentes, do mesmo sujeito passivo perante a Fazenda Nacional, decorrentes de tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Em consequência, sem a informação da existência do crédito ou do débito, por impossibilidade material e lógica, inexistente pedido ou declaração de compensação. Em outros termos, sem débito ou crédito, não há como se efetivar o encontro de contas.

Além disso, é importante esclarecer que eventual DComp apresentada pela Interessada a partir de 01/10/2002, seja em papel ou em meio magnético, em que tenha sido informado ou utilizado o valor do crédito objeto do presente Pedido de Restituição deveria ser apreciado por meio de processo administrativo específico, na forma e nos termos da legislação em vigor.

Assim, tendo em vista que não existe nos presentes autos pedido de compensação, não conheço das alegações da Recorrente acerca desse assunto, por ser matéria estranha aos presentes autos.

Com base nessas considerações, mantenho na íntegra a decisão da Turma de Julgamento de primeiro grau que declarou inexistente as compensações, em tese, alegadas pela Recorrente.

Do objeto dos presentes autos.

De acordo com o exposto precedentemente, os presentes autos tratam apenas do Pedido de Restituição de fl. 35. Nele a Interessada requereu a devolução das parcelas da Contribuição ao Finsocial dos meses de outubro de 1991 a março de 1992, recolhidas indevidamente, ou seja, com base em alíquota superior a 0,5%.

No presente Acórdão, a Turma de Julgamento de primeiro grau manteve o indeferimento do presente Pedido de Restituição, com base no argumento de que, na data da formalização do pedido em tela, o direito de a Interessada pleitear restituição dos referidos valores estava extinto pela prescrição, uma vez que já havia decorrido mais de cinco anos, contados da data do pagamento.

Por outro lado, no presente Recurso, a Interessada insurgiu-se contra a referida decisão, alegando que, na data da formalização do Pedido em apreço, não havia se consumado o prazo de prescrição do direito de pleitear a restituição do mencionado crédito, com base nos seguintes argumentos:

- a) como a Contribuição ao Finsocial era tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo decadencial do direito de pleitear a restituição do indébito somente teria início na data da extinção do respectivo crédito tributário, o que se daria com a homologação expressa ou tácita do lançamento. No caso, como não houve a homologação expressa, o prazo se iniciou a partir da data da homologação tácita, ou seja, cinco anos após o fato gerador, o que no final representava um prazo total de dez anos, contado desde o dia da ocorrência do fato gerador (tese dos cinco mais cinco); ou
- b) alternativamente, o início da contagem do citado prazo decadencial deveria ser realizada a partir da data da edição da MP nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, momento a partir do qual o Poder Executivo admitiu *erga omnes* que a cobrança do Finsocial majorado era indevida.

Do objeto da presente controvérsia.

Dessa forma, fica definido que o cerne da presente controvérsia diz respeito ao prazo decadencial do direito de pleitear a devolução do valor pago maior da Contribuição ao Finsocial dos meses de outubro de 1991 a março de 1992, especificamente, o termo inicial de contagem do referido prazo.

Segundo o Acórdão recorrido, o termo inicial de contagem do prazo decadencial (ou prescricional) do direito de pedir a restituição do indébito tributário é sempre a data do pagamento do tributo indevido ou maior que o devido.

Por outro lado, alegou a Recorrente que o termo *a quo* seria (i) o dia seguinte ao término do prazo da homologação tácita de 5 (cinco) anos, contado a partir data da ocorrência do fato gerador (tese dos cinco mais cinco); ou, alternativamente, (ii) o dia 31 de agosto de 1995, data da edição da MP nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, que reconheceu, em caráter geral, que era indevida a majoração da alíquota da referida Contribuição durante o período em tela.

Do termo inicial de contagem do prazo decadencial para repetição de indébito tributário: art. 168 do CTN.

Em consonância com a dicção do enunciado normativo veiculado pelo art. 165 do CTN, com a devida vênia aos entendimentos diversos, firmei convicção que todas hipóteses de pagamento de tributo indevido estão nele previstas, seja ela proveniente de (i) inconstitucionalidade de dispositivo de lei ou ato normativo; (ii) ilegalidade do lançamento; (iii) erro no pagamento; ou (iv) erro no julgamento.

Por sua vez, a forma de contagem do prazo decadencial do direito de repetir o indébito tributário encontra-se estabelecida expressamente no art. 168 do CTN, o qual prevê apenas dois termos iniciais para a contagem do referido prazo, a saber:

a) a data de extinção do crédito tributário, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido, em face: a.1) da legislação tributária aplicável; a.2) da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido ou do erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito; ou a.3) do erro na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

b) a data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória nas hipóteses de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Assim, no que concerne ao termo inicial de contagem do prazo em tela, em consonância com o entendimento majoritário da doutrina, o referido art. 168 encerra *numerus clausus*, por conseguinte, os únicos eventos que marcam a data do termo de início da contagem do citado prazo são os dois mencionados precedentemente, ou seja: **a data da extinção do crédito tributário** ou **a data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou transitar em julgado a decisão judicial**.

Logo, para fim de restituição do indébito tributário, o único evento que demarca a extinção do crédito tributário é o pagamento, seja antecipado ou não. Da mesma forma, por analogia com o pagamento, a data da quitação do débito tributário mediante compensação também configura o marco inicial do prazo decadencial em apreço.

A contrário senso, é de se concluir que inexiste no ordenamento jurídico nacional qualquer outro evento hábil e idôneo, cuja ocorrência, configura o marco inicial de contagem do prazo em apreço.

Assim, termos iniciais distintos dos mencionados, além de não encontrar respaldo no direito positivo nacional, contraria frontalmente o disposto nos artigos 165 e 168 do CTN, que têm respaldo no art. 146, III, “b”, da Constituição Federal de 1988.

Por tais razões, entendo que não procede o argumento da Recorrente, no sentido de que o termo inicial do quinquídio decadencial seria contado a partir da data da homologação tácita, realizada após cinco anos contado a partir do fato gerador, que na prática representa um prazo de dez anos, quando contado a partir do fato gerador. Essa é a forma de contagem de prazo defendido pela Recorrente que se consolidou na jurisprudência do STJ, com a denominação de tese dos “cinco mais cinco”.

Da tese dos “cinco mais cinco” após o advento da Lei Complementar nº 118, de 2005.

Até o advento da Lei Complementar nº 118, de 10 de fevereiro de 2005, a maioria da doutrina e da jurisprudência, seguindo entendimento consolidado no âmbito da Primeira Seção do STJ, aplicava a tese dos “cinco mais cinco” na fixação do termo inicial e na contagem do prazo decadencial de repetição do indébito tributário, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Embora discorde da referida tese, reconheço que ela foi formulado, de forma criativa e inteligente, tendo em vista um dos possíveis sentidos resultantes da interpretação conjunta e combinada dos seguintes dispositivos do CTN: artigos 156, inciso VII, e 168, inciso I, combinado com art. 150 e seus parágrafos 1º a 4º. Diferentemente das teses relacionadas com a declaração de inconstitucionalidade que se baseiam apenas em entendimentos doutrinárias e jurisprudenciais desprovidos de qualquer amparo legal.

Não demais ressaltar que a tese dos “cinco mais cinco” estava respaldada na premissa básica que a extinção do crédito tributário, nas hipóteses de lançamento por homologação, em conformidade com o disposto no art. 156, VII, do CTN, somente ocorreria na data da homologação do lançamento, fosse ela tácita ou expressa, e não na data do pagamento, como estabelecido no inciso I do referido art. 156.

Como a homologação tácita, que ocorre após o prazo de cinco anos, contado a partir do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), é a única que acontece na prática, conseqüentemente o prazo de decadência do direito de restituir somente se iniciava após o decurso dos cinco anos, contados a partir do fato gerador, o que representava, em concreto, um prazo total de 10 (dez) anos, contado a partir do fato gerador.

Com o advento da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, a referida tese perdeu o seu embasamento jurídico. Com efeito, em face da interpretação autêntica dada pelo art. 3º¹ desta Lei ao inciso I do art. 168 do CTN, o novel diploma legal esclareceu que, também no âmbito do homologação por lançamento, a extinção do crédito tributário dava-se no momento do pagamento antecipado e não na data da sua homologação, como advogava os defensores da tese dos “cinco mais cinco”.

A partir da edição do referido diploma legal, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ao lado da primeira controvérsia, outra surgiu em torno da natureza jurídica do novo preceito normativo, haja vista que a parte final do art. 4º da dita lei havia lhe atribuído natureza interpretativa e, por conseguinte, efeito pretérito (*ex tunc*), nos termos do art. 106, I, do CTN.

Em suma, o cerne da nova controvérsia passou a ser o momento a partir do qual o comando normativo em apreço passaria a produzir efeitos jurídicos, ou seja, se seriam prospectivos, para o futuro; ou retroativos, alcançado os fatos pretéritos.

Inicialmente, sem declarar formalmente a inconstitucionalidade da parte do art. 4º da citada Lei que conferia natureza interpretativa ao preceito legal em questão, com base no argumento que ele afrontava os princípios constitucionais da autonomia e independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/1988), decidiu a Primeira Seção do STJ que o referido art. 3º tinha eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre as situações que ocorressem a partir de sua vigência, isto é, a partir de 09 de junho de 2005.

Contra essa decisão, insurgiu-se a Douta Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, por meio do Recurso Extraordinário nº 482.090-1/SP, que deu origem a decisão plenária do C. STF que determinou o afastamento da aplicação da 2ª parte do mencionado art. 4º, baseada no entendimento que, na citada decisão do E. STJ, havia declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou

¹ "Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei".

Plenário desse Tribunal. Com esse argumento, acolheu referido recurso e lhe deu provimento, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do STJ.

Em atenção à decisão do C. STF, por intermédio da sua Corte Especial, o E. STJ, por unanimidade, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade (AI) nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 644.736/PE, acolheu a arguição de inconstitucionalidade da segunda parte do artigo 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005, que dava efeito interpretativo e, por conseguinte, aplicação retroativa ao citado art. 3º. O enunciado da ementa desse julgamento ficou assim redigido, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos

passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Argüição de inconstitucionalidade acolhida. (AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 170)

De acordo com teor da referida ementa, para declarar a invalidade da 2ª parte do art. 4º, a Egrégia Corte se baseou no argumento que o citado art. 3º havia inovado no plano normativo, descaracterizando a natureza meramente interpretativa que lhe havia sido imputado a norma inválida. No referido julgamento, decidiu o citado órgão especial, atribuir eficácia prospectiva ao referido art. 3º, incidindo apenas sobre as situações ou fatos que ocorressem a partir da sua vigência, que se deu em 9 de junho de 2005.

Da decisão final proferida pelo C. STF.

Conforme consignado no Relatório precedente, por meio do Despacho nº 3802-00.010, de 04 de maio de 2011, em cumprimento ao disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62-A² do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010, os presentes autos ficaram sobrestados, aguardando decisão definitiva de mérito do C. STF, a ser proferida sobre a constitucionalidade do referido preceito legal.

Em consulta ao sítio do C. STF na *internet*³, confirmei que, em 17/11/2011, transitou em julgado o Acórdão do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.621/RS, submetido ao regime de repercussão geral, nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, cujo enunciado da ementa segue transcrito:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei

² "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.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes".

³ Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566621&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M)>

supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido. (RE 566.621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

De acordo com o referido julgado, o Plenário do C. STF reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118, de 2005, considerando válida “a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005”. Em outras palavras, às ações ajuizadas antes de 9 de junho de 2005 aplica-se o prazo de dez anos, contado a partir do fato gerador, segundo a tese dos “cinco mais cinco” anteriormente mencionada.

Assim, em conformidade com o disposto no *caput* do art. 62-A⁴ do RICARF, adoto os mesmos fundamentos consignados no Acórdão do C. STF anteriormente transcrito para, com as devidas adaptações às especificidades do processo administrativo fiscal e em analogia com o processo judicial, aplicar aos pedidos de restituição protocolados antes de

⁴ "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."

9 de junho de 2005 o prazo decadencial de dez anos, contado a partir do fato gerador, de acordo com a tese dos “cinco mais cinco”, que foi consagrada na jurisprudência do E. STJ.

Da análise do prazo de decadência do presente Pedido de Restituição.

O presente Pedido de Restituição (fl. 35) foi protocolado em 02/02/1999, enquanto que o fato gerador mais antigo das Contribuições objeto do presente pleito ocorreu em 30/09/1989. Por conseguinte, todos os fatos geradores da Contribuição ao Finsocial dos meses de setembro de 1989 a março de 1992 ocorreram dentro do prazo de decenal, contado retroativamente a partir da data do protocolo do citado Pedido. Logo, em consonância com a referida decisão do C. STF, fica demonstrado que no presente caso não se consumou a caducidade do direito de a Recorrente repetir os mencionados indébitos.

Dessa forma, superada a prejudicial de decadência do direito de repetir, passo a análise do mérito do direito creditório pleiteado pela Recorrente.

Da análise do mérito do direito creditório pleiteado.

Inicialmente, ressalto que embora o Titular da Unidade da Receita Federal de origem não tenha se pronunciado sobre o mérito do pleito em tela, entendo que os elementos acostados autos, propiciam tal análise, portanto, com fulcro no § 3º do art. 59⁵ do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, com a redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993, passo analisá-lo.

No presente Recurso, pleiteou a Recorrente a restituição da parcela recolhida indevidamente acima da alíquota de 0,5% (meio por cento) da Contribuição ao Finsocial dos meses de setembro de 1989 a março de 1992, com base no argumento que foram declaradas inconstitucionais pelo C. STF as Leis nºs 7.689/88; 7.787/89; 7.894/89 e 8.147/90, que majoraram a referida Contribuição sem respaldo na Contribuição de 1988.

De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 150.764/PE, o Pleno do C. STF declarou a inconstitucionalidade das majorações das alíquotas da Contribuição ao Finsocial, realizadas pelos referidos diplomas legais, conforme se infere do teor do enunciado da ementa e da decisão que seguem transcritos:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PARÂMETROS - NORMAS DE REGÊNCIA - FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 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 empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha 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 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de

⁵ "Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

[...]

§ 3º 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. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

1988, ao espaço de tempo relativo a edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 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 simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

[...]

Decisão: Por votação unânime, o Tribunal conheceu do recurso, interposto pela letra b do permissivo constitucional. E, por maioria de votos, lhe negou provimento, declarando a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7.689, de 15.12.1988, do art. 7º da Lei n. 7.787, de 30.6.1989, do art. 1º da Lei n. 8.147, de 28.12.1990, vencidos os Ministros Relator (Ministro Sepúlveda Pertence), Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Octavio Gallotti e Néri da Silveira, que lhe deram provimento, para declarar a constitucionalidade de tais dispositivos e, conseqüentemente, cassar o mandado de segurança. Votou o Presidente, desempatando. Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Plenário, 16.12.92. (RE 150764, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1992, DJ 02-04-1993 PP-05623 EMENT VOL-01698-08 PP-01497 RTJ VOL-00147-03 PP-01024)

Segundo a transcrita decisão, o C. STF reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos 9º da Lei nº 7.689/88⁶, 7º da Lei nº 7.787/89 (que majorou a alíquota de 0,5% para 1,0%), 1º da Lei nº 7.894/89 (que majorou de 1,0% para 1,2%) e 1º da Lei nº 8.147/90 (que majorou de 1,2% para 2,0%), mantendo a cobrança do Finsocial, incluindo a alíquota de 0,5%, nos termos do Decreto-Lei nº 1940/82, vigente antes da promulgação da Constituição de 1988, para as empresas vendedoras de mercadorias ou de mercadorias e serviços (mistas), situação em que se inclui a Interessada.

Em decorrência deste julgado, foi editada a Medida Provisória nº 1.175, de 1995, cujo art. 18 dispunha, *in verbis*:

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, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por

⁶ “Art. 9º: Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que trata o Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal”.

cento), conforme Leis n°s 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 do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei n° 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

[...]

Essa redação foi integralmente mantida pelo art. 18 Lei n° 10.522, de 19 de julho de 2002, em que se converteu a citada MP.

Em decorrência da invalidade da referida legislação que majorou a alíquota de 0,5%, as parcelas da Contribuição ao Finsocial dos meses de setembro de 1989 a março de 1992, recolhida acima do referido percentual passaram a ser indevidas, por falta de suporte legal.

Com efeito, consoante fazem prova a Planilha de fls. 37/38 e os Darf de fls. 39/48, os quais foram declarados autênticos no Despacho de fls. 50, a Interessada recolheu a Contribuição ao Finsocial dos meses de setembro de 1989 a março de 1992 com alíquota superior 0,5%, portanto, faz jus a restituição das quantias em excesso recolhidas indevidamente em relação aos fatos geradores ocorridos no citado período.

Os valores dos indébitos calculados segundo a forma retroestabelecida deverão ser atualizados pelos os índices consolidados na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n° 08, de 27 de junho de 1997, e acrescido da variação da taxa Selic, a partir de 01/01/1996, nos termos do § 4° do art. 39 da Lei n° 9.250, de 26 de dezembro de 1995.

Da conclusão.

Ante todo o exposto, voto no sentido de:

a) **NÃO CONHECER** da matéria relativa à compensação, por ser estranha aos presentes autos; e

b) na parte conhecida, **DAR PROVIMENTO** ao presente Recurso, para reconhecer o direito da Recorrente a restituição das parcelas indevidas da Contribuição ao Finsocial dos meses de setembro de 1989 a março de 1992, recolhidas acima do percentual de 0,5%, devendo os indébitos apurados serem atualizados pelos os índices consolidados na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n° 08, de 27 de junho 1997, e acrescido da variação da taxa Selic, a partir de 01/01/1996.

(assinado digitalmente)

José Fernandes do Nascimento

Processo nº 10280.000411/99-54
Acórdão n.º **3802-00.894**

S3-TE02
Fl. 171

CÓPIA