



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10410.001871/2002-42
Recurso nº	135.650 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº	303-34.294
Sessão de	26 de abril de 2007
Recorrente	COMERCIAL OLIVEIRA E LIMA LTDA.
Recorrida	DRJ/RECIFE/PE

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

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

Ementa: FINSOCIAL.
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

PRAZO PRESCRICIONAL ESGOTADO.

Mesmo para os tributos sujeitos a homologação, conforme art. 150, § 4º, do CTN, o prazo é de cinco anos para prescrição do direito de restituição de pagamento antecipado. Tal direito só se revelou a partir do entendimento firmado pelo STF acerca da inconstitucionalidade da lei de regência do tributo. Na hipótese de substituição da presunção de legalidade da norma regente pela certeza de inconstitucionalidade definida pela Corte Suprema há uma mudança de critério jurídico que faz surgir direito subjetivo novo para o contribuinte cioso, obediente à lei, que deve merecer a contrapartida da tutela jurisdicional, por sua boa-fé, e para reforço da segurança jurídica. Nesta hipótese, o termo inicial para o prazo prescricional ao direito de repetição do indébito por terceiro interessado é a data de publicação oficial do primeiro julgado, que no caso do FINSOCIAL ocorreu com a decisão proferida no RE 150.764-1/PE publicada via D.J em 02/04/1993. Entretanto, no caso concreto, o pedido de restituição somente foi protocolado perante a DRF em 10/04/2002, quando já havia se esgotado o prazo prescricional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



ZENALDO LOIBMAN

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Nilton Luiz Bartoli, Tarásio Campelo Borges e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

O processo trata de pedido de restituição/compensação do FINSOCIAL, protocolado em 10.04.2002 perante a SRF, conforme documento de fl.01. Os pagamentos a maior a título de Finsocial foram recolhidos com alíquota superior a 0,5%, e com relação ao período de apuração entre 09/89 e 03/92. Alega que o STF declarou a inconstitucionalidade dessa exigência.

A DRF/Maceió, por meio do despacho decisório de fls.51 indeferiu o pedido do contribuinte, por considerar que houve decadência do direito de pleitear a restituição do suposto indébito.

A interessada apresentou tempestiva manifestação de inconformidade de fls.56/73, ale de buscar demonstrar seu direito à restituição, alega que a jurisprudência administrativa e a judicial asseguram seu direito de restituição, requerendo que seja adotada a data de publicação da IN 31/97 como termo inicial para o prazo prescricional.

A DRJ/Recife, por sua 2ª Turma de Julgamento, por unanimidade, decidiu indeferir a solicitação porque o AD SRF 96/99 definiu que o prazo para pedir restituição, inclusive no caso de recolhimento com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. É de cinco anos a contar do pagamento. A formalização do pedido de restituição foi feita em 10.04.2002, e os supostos créditos se referem a recolhimentos efetuados entre 09/89 e 03/92. Houve decadência, e por isso não há que se adentrar na discussão específica acerca do valor da restituição pretendido.

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente, em 80.06.2006, recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes nos termos dispostos às fls.88/101. Pede que seja reformada a decisão recorrida por ser ilegal, devendo-se acolher para marco inicial da contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito recolhido a título de Finsocial a data de publicação da IN SRF 31/97, ou seja, 10.04.1997, para em seguida ser deferido o pedido de restituição e conseqüentemente a compensação pretendida.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A decisão guerreada afastou a pretensão do contribuinte por apontar decadência do direito do contribuinte de pleitear a restituição. Analisemos, pois, essa prejudicial de mérito, posto que se efetivamente tiver ocorrido a decadência, ou melhor, a prescrição do referido direito, estaremos dispensados de analisar as demais questões da lide.

Analisemos, então, a questão de haver ou não decadência do direito de pedir a restituição. O entendimento da DRJ é de que o direito para pleitear a restituição de tributo pago indevidamente extingue-se com decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, considerada esta como sendo a data do efetivo pagamento. Em contrapartida o recorrente defende um prazo de cinco anos a contar da publicação da IN SRF 31/97.

À primeira vista, então, há que se definir o marco inicial para a contagem do prazo de que dispõe o contribuinte para pedir a restituição de tributo pago indevidamente ou a maior.

Segundo a letra fria da lei (CTN, art. 168, I, c/c art. 165, I), o direito de pleitear a restituição de tributo indevido ou pago a maior, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário (grifei).

Por outro lado uma corrente jurisprudencial no STJ fixou-se no sentido de que a extinção do crédito tributário só ocorre após a homologação, expressa ou tácita, assim nos casos de lançamento por homologação, o prazo para pleitear a restituição seria de 10 (dez) anos, podendo ser sintetizada na seguinte ementa:

“À luz do CTN esta Corte desenvolveu entendimento no sentido de computar a partir do fato gerador, prazo decadencial de cinco anos e, após, mesmo não se sabendo qual a data da homologação do lançamento, se este não ultrapassou o quinquídio, computar mais cinco anos (STJ, AgRg-Resp. 251.831/GO, 2ª T. Relª Min. ELLIANA CALMON, DJU 18.02.2002).”

Para contrariar tal entendimento, observe-se que o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em caráter de urgência, o Projeto de Lei Complementar nº 73, cujo artigo 3º diz:

“Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150.”

Posteriormente, foi editada a Lei Complementar 118/005 que no seu art.3º adotou exatamente o texto proposto no projeto de lei complementar acima transcrito. Lembra-se, contudo, que o art.4º da LC 118/05 foi explícito em determinar que essa nova interpretação do inciso I do art.168 do CTN vige apenas, como todo o texto restante da referida lei, 120 dias



depois de sua publicação, ocorrida em 09 de fevereiro de 2005. Há uma forte corrente doutrinária que entende que a nova interpretação só é aplicável retroativamente aos processos iniciados na vigência da LC 118/05.

Ora, a pretensão de introduzir no CTN dispositivo legal dotado de mero caráter interpretativo, representa o reconhecimento inequívoco por parte do Poder Executivo da existência da linha de entendimento diverso, e majoritário nos tribunais superiores, pretendendo justamente com a alteração legal fazer valer entendimento contrário.

A meu juízo não há dúvida quanto ao caráter resolutivo da condição de não homologação do lançamento, sendo claro que se houver homologação, expressa ou tácita, o pagamento antecipado foi válido desde sempre e operou a extinção do crédito tributário desde quando praticado. Assim a partir do pagamento começa a fluir prazo decadencial em relação ao direito da Fazenda de proceder a revisão do ato do contribuinte por meio de lançamento de ofício, assim como também corre paralelamente prazo prescricional do direito do contribuinte pleitear restituição no caso de pagamento a maior ou indevido decorrente de erro.

Evidentemente esse raciocínio não abarca a hipótese de recolhimento em relação a tributo que só posteriormente foi declarado inconstitucional pelo STF, ainda que no controle difuso. É que não se pode ignorar que a declaração do STF representa fato jurídico novo que inquina de inconstitucionalidade uma lei até então formalmente vigente, e que obviamente gozava do pressuposto de constitucionalidade.

Penso que não representa a melhor interpretação a tese jurisprudencial dos dez anos, nem tampouco encontra melhor fundamento jurídico ignorar que a homologação tácita configura condição resolutiva nos lançamentos por homologação, e que quando implementada caracteriza a extinção do crédito tributário na data do pagamento antecipado.

Mas, por outro lado, também não se pode ignorar que o direito subjetivo creditório para o contribuinte só emergiu, no caso concreto, a partir da decisão do STF, tratando-se de prazo prescricional para exercício do direito.

Deve ser lembrado que a CRFB/88 reservou a matéria sobre prescrição/decadência à lei complementar, pelo que se afastam as disposições de lei ordinárias anteriores ou posteriores à CF que pretenderam estabelecer prazo decadencial ou prescricional para tributos superiores a cinco anos. A Lei 5.172/66 (CTN), recepcionada pela CRFB/88 com o *status* de lei complementar, estabelece para os tributos um prazo de decadência/prescrição máximo de cinco anos, a depender do caso, contados de diferentes marcos; admite até que lei ordinária possa dispor prazo diverso desde que seja inferior aos cinco anos. Essa é, ao meu ver, a melhor doutrina a respeito da matéria, disposta no rastro do pensamento de Aliomar Baleeiro e de Paulo de Barros Carvalho, entre outros.

O STJ já adotou entendimento, com base em doutrina consistente que, nos casos em que houver declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF o *dies a quo* do prazo prescricional da ação de restituição de indébito não está prevista no CTN. Faz sentido no rastro da concepção da "*actio nata*".

Criou-se, então, respeitável corrente jurisprudencial segundo a qual o início do prazo prescricional de cinco (05) anos é da data de publicação da declaração de inconstitucionalidade. No caso do FINSOCIAL a decisão do plenário do STF com ânimo

definitivo, ainda que em meio ao controle difuso, e tomada aqui como marco, se deu em relação no RE 150.764-1/PE, publicada no DJU de 02/04/1993.

Assim fixada a data de 02.04.1993 como o termo inicial para a contagem do prazo para pleitear a restituição da contribuição paga indevidamente, o termo final ocorreria em 01.04.1998.

In casu, o pedido ocorreu na data de 10 de abril de 2002, logo, além do prazo prescricional.

Entendo, portanto, estar o pleito da recorrente fulminado pela prescrição, de modo que reconheço a prejudicial de mérito argüida pela autoridade julgadora de primeira instância, ainda que esta conclusão se baseie em razão diversa do entendimento administrativo oficial.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007



ZENALDO LOIBMAN - Relator