



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 10830 002339/99-44
Recurso nº 302-125.524 Especial do Contribuinte
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 03-06.007
Sessão de 08 de setembro de 2008
Recorrente CONSTRUBEL - CONSTRUÇÕES CIVIS E INCORPORAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

Assunto: FINSOCIAL. PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRAZO
PRESCRICIONAL TERMO INICIAL

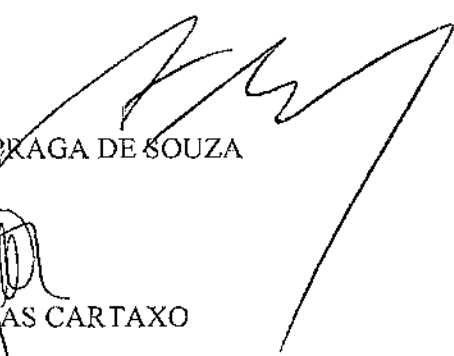
Exercício: 1989, 1990

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 a 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 presente pedido de restituição refere-se ao período de apuração de 09/89 a 09/90 e foi formulado em 31/03/99, portanto, antes de consumir-se o prazo prescricional.

Recurso Especial Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, determinando o retorno dos autos à DRF de origem para apreciação do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. As conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando, que adotam contagem do prazo de 10 anos para o pleito da restituição, tese dos 5 + 5, e a conselheira Anelise Daudt Prieto acompanham o Conselheiro Relator pelas suas conclusões.



ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
Presidente



OTACILIO DANTAS CARTAXO
Relator

FORMALIZADO EM: 14 JUL 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto convocado).



Relatório

O relatório do Acórdão recorrido é o seguinte:

A empresa CONSTRUBEL -- CONSTRUÇÕES CIVIS E INCORPORAÇÕES LTDA, CNPJ nº 46.040.358/0001-49, ingressou, em 31/03/1999, com pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de 0,5% (meio por cento), no período de apuração de setembro de 1989 a setembro de 1990.

A Delegacia da Receita Federal em Campinas - SP julgou improcedente a solicitação da empresa interessada, por considerar extinto o direito de pleitear restituição/compensação da contribuição para o FINSOCIAL que teria sido recolhida a maior ou indevidamente, pelo decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, nos termos dos artigos 165, I, e 168, I, do Código Tributário Nacional e AD SRF nº 96/99.

A empresa interessada tomou ciência do Despacho Decisório no dia 01/08/2000 e, no dia 29/08/2000 (fls 50/59), apresentou sua Manifestação de Inconformidade contra o despacho decisório alegando, em síntese, que:

1 sendo a contribuição denominada Finsocial sujeita à homologação após o pagamento, conclui-se que a extinção do crédito tributário ocorre somente após decorrido o prazo de 10 (dez) anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido, conforme artigo 122 do Decreto nº 92.698/1986;

2 o pedido da requerente, datado de 31/03/1999, foi exercido a tempo, pois o recolhimento pretérito mais antigo data de 13/10/1989 e o mais recente de 15/10/1990, cuja decadência, no rigor do decreto acima citado, se consumaria no longínquo mês de setembro de 2000.

3 o STJ entende que a extinção do crédito tributário dá-se com a homologação do lançamento, que na prática resulta num prazo de 10 (dez) anos (05 anos para a homologação tácita e mais 05 anos para o exercício do direito)

A AFTN Maria Inês Dearo Batista, por delegação de competência do Delegado da DRJ Campinas – SP, indeferiu o pleito da empresa interessada, nos termos da Decisão DRJ/CPS nº 144, de 07/02/2001 -- fls 63/68, sob o argumento de que decaíra o



direito de pleitear a restituição, mantendo o entendimento do Despacho Decisório contestado

A empresa interessada tomou ciência da decisão de primeira instância no dia 14/05/2001, conforme AR de fl. 86.

Discordando da referida decisão de primeira instância, a interessada apresentou, no dia 28/05/2001, o Recurso Voluntário de fls 70/85, onde reprisa os argumentos da Manifestação de Inconformidade, reforçando seus argumentos com citações do Repertório IOB de Jurisprudência.

Esta Colenda Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, nos termos do Acórdão nº 302-35.586, de 10/06/2003, por ter sido a decisão de primeira instância lavrada por servidor incompetente, acolheu a preliminar de nulidade do processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que outra, em boa forma e dentro dos preceitos legais, fosse lavrada.

Em cumprimento à Decisão desta 2ªC/3ªCC, a 5ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas reexaminou a manifestação de inconformidade da empresa interessada, indeferindo-a, nos termos do Acórdão DRJ/CPS nº 4 540, de 29/07/2003, cuja ementa abaixo transcrevo:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992 Ementa: Finsocial Restituição de Indébito Extinção do Direito Precedentes do STJ e STF.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de prescrição da repetição de indébito do Finsocial extingue-se com o transcurso do quinquênio legal a partir de 02/04/1993, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal – RE 150 764 – que julgou inconstitucional a majoração da alíquota. 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 a pleitear restituição, considera-o como sendo de cinco anos a contar do pagamento, inclusive para os tributos sujeitos à homologação

Solicitação Indeferida A empresa interessada tomou ciência da segunda decisão de primeira instância, acima citada, no dia 26/11/12/2003 e, no dia 16/12/2003, ingressou com o Recurso Voluntário de fls 124/144, onde reprisa os argumentos da Manifestação de Inconformidade e do primeiro Recurso Voluntário, citando nova jurisprudência administrativa e judicial e acrescentado o argumento de que a contagem do prazo decadencial para pedir a restituição/compensação tem por termo inicial o dia 31/08/1995, data de publicação no DOU da MP nº 1 110/95

O Processo foi a mim distribuído no dia 13/04/2004, conforme despacho exarado na última folha dos autos – fls. 147v

É o relatório.



O Acórdão nº 302-36172 (fl. 148) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 16/06/2004, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

FINSOCIAL.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

DECADÊNCIA

O direito de pleitear a restituição de tributo ou contribuição paga indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim, entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação (art 168, inciso I, do CTN). Observância aos princípios da estrita legalidade e da segurança jurídica.

NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

In casu, o pedido ocorreu em data de 31/03/99, quando ainda existiria o direito de o contribuinte de pleitear a compensação, segundo a tese do acórdão recorrido

Cientificada do acórdão retromencionado contra o mesmo insurge-se a empresa interessada (fls. 168/183), aviando o seu recurso, com fulcro no art 5º-II do RICSRF, oferecendo como paradigmas de divergências diversos acórdãos, onde recursos em situações fáticas e jurídicas semelhantes, o termo *a quo* para o pedido de restituição do valor indevidamente recolhido é contado a partir da publicação da MP nº 1.110/95.

Referido recurso teve seguimento deferido mediante despacho de folha 189, em 30/05/2006.

O i. Procurador da Fazenda Nacional (fls. 190/194), nas contra-razões aduz:

- A questão central que se discute no feito 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 STF.
- O RESP da contribuinte entendeu que o direito de pleitear a restituição ou compensação do Finsocial somente começa a ser contada a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95
- 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 a sua fundamentação com o ADN/SRF nº 96/99, como norma integrante da legislação tributária, de caráter vinculante para a



administração tributária (arts. 100-I e 103-I, CTN), sobre o seu entendimento concernente ao prazo decadencial.

- Não há na lei qualquer autorização 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, por conseguinte para se considerar esse termo inicial da contagem do prazo para restituição do indébito mais favorável para o contribuinte, em detrimento do erário público.
- Requer seja mantido *in totum* o acórdão hostilizado.

É o relatório.



Voto

Conselheiro OTACILIO DANTAS CARTAXO, Relator

O recurso especial de divergência interposto pelo sujeito passivo preenche os quesitos necessários à sua admissibilidade quanto aos critérios de tempestividade e de divergência.

Versa a matéria trazida à apreciação desta Corte sobre o indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL cima de 0,5%, declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, DJU de 02/03/93, especificamente quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para a restituição do indébito.

A tese esposada pela decisão de primeira instância, em relação à matéria em foco, adotou o entendimento contido no AD/SRF nº 96/99 para, reconhecendo o direito do contribuinte ao crédito tributário (art. 165-I CTN), arguir que o mesmo prescreve após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção (art. 168-I CTN) pelo pagamento (art. 156-I CTN).

Tal entendimento foi esposado pela decisão recorrida, a qual enfatiza que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, os efeitos da extinção do crédito tributário operam-se desde o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos da legislação de regência do tributo.

Como consequência, a tese da contagem do prazo decadencial tendo como marco a data de publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, não mereceria acolhida, por falta de absoluta amparo legal, nem tampouco o prazo de dez anos previsto no art. 122 do Decreto 92.698, de 1986, o qual não teria sido recepcionado pelo novo ordenamento jurídico emanado na promulgação da nova Constituição Federal de 1988.

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

Desde 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, de restituição do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo que se falar em decadência.

Inicialmente, tem-se que, com o advento da MP nº 1.110, publicada no DOU de 31 de agosto de 1995, o Poder Executivo admitiu a inconstitucionalidade da fixação do termo *a quo* para contagem do prazo prescricional para fins de exigência do FINSOCIAL em percentual superior a 0,5%. Com isso, o tributo indevido ou pago a maior (art. 165-I, do CTN), relativamente ao Finsocial, passou a ser a ser assim considerado.



Nesse mesmo sentido, o Parecer Cosit nº 58, de 27/10/98, dispôs em seu item 27 que o prazo para o contribuinte não-partícipe de ação judicial possa pleitear a restituição/compensação se iniciou com a data da publicação da MP nº 1.110/95, para os casos dos incisos II a VII, do art. 17, de acordo com as hipóteses previstas no art. 18 da MP nº 1.699-40/98, *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 inscrição, relativamente:

I - []

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art 9.º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a zero vírgula cinco 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, acrescida do adicional de zero vírgula um por cento sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art 22 do Decreto=Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987

É cediço que o texto contido nas MP nº 1.110/95 e 1.621-40/98, além de suas reedições sucessivas até o advento da lei nº 1.522, de 19/07/01, não alude expressamente à hipótese de restituição de tributos, bem assim que restou estabelecido consoante o § 3.º, do artigo 18 dessa lei, que o disposto neste artigo não implicará restituição *ex officio*

Entretanto, não se pode olvidar do permissivo oficial contido no Parecer Cosit nº 58/98, o qual estabeleceu o marco inicial para o prazo de restituição fixado a partir da data da publicação da MP nº 1.110/95, em 31/08/95, quando efetivamente nasceu o direito de o contribuinte postular perante a Administração Tributária a restituição/compensação de indébitos tributários.

Inobstante o entendimento vazado pela Administração Tributária no Parecer Cosit nº 58/98, foi publicado em 30/11/99 o Ato Declaratório nº 96, arrimado no Parecer PGFN nº 1.538/99, que pretendeu mudar o posicionamento acerca da matéria, ao dispor que o prazo para o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário (art. 165-I e 168-I, do CTN).

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, cujo reconhecimento expresso naquele Parecer 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 a espousar o novo entendimento a se contrapor àquele adotado anteriormente.

Decerto 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 convergadura 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 esta 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.

Note-se que a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF nº 32, de 09/04/97, em seu artigo 2º já havia convalidado a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Confins, 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 desse 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)



Considerando que o posicionamento adotado pela SRF, em todos os pedidos protocolados até 30/11/99 deu-se com base na IN/SRF nº 32/97 e no Parecer Cosit 58/98, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual, deve ser mantido esse entendimento para os casos ocorridos mesmo após a publicação do AD/SRF nº 96/99, uma vez que reside na MP nº 1.110/95 o reconhecimento do Poder Executivo, ao admitir que a exigência do Finsocial com a alíquota majorada acima de 0,5% era inconstitucional, de acordo com os dispositivos contidos no seu art. 17-III.

Há que ser reposicionada, portanto, a decisão em segunda instância, com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial foi formulado em 08/09/97 (fls. 01/02) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido, dá-se em 31/08/00, não havendo que se falar em prescrição.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso, retornando os autos à DRJ para exame das demais matérias.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 08 de setembro de 2008.


OTACILIO DANTAS CARTAXO

