



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA**

Processo nº 10855.000324/00-51
Recurso nº 302-132.502 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 03-05.617
Sessão de 25 de fevereiro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IRMÃOS PRADO LTDA

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1990 a 30/09/1991

Pedido de Restituição: 11/02/2000

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO -

O direito de se 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. Por esta via, o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da publicação da MP nº. 1.110 em 31/08/95 - p. 013397, posto que foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%. PRECEDENTES: AC. CSRF/03-04.227, 301-31.406, 301-31404 e 301-31.321.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Judith do Amaral Marcondes e Antonio Praga acompanharam o Conselheiro Relator pelas suas conclusões. Retornar á DRF para apreciar o mérito.

ANTONIO PRAGA
Presidente


SUSY GOMES HOFFMANN
Relatora

FORMALIZADO EM: 27 ABR 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nilton Luiz Bartoli (Substituto convocado) e Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho.

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional em face da decisão da 2ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes que afastou a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação do tributo pago indevidamente.

O processo tem por objeto pedido de compensação/restituição (fls.01/38) de crédito originário de pagamentos referentes à Contribuição do Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, protocolizado pelo contribuinte em 11/02/2000, no tocante ao período de apuração de 01/03/1990 a 30/09/1991, correspondentes aos valores calculados às alíquotas superiores a 0,5%, cujas majorações foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O pedido de restituição/compensação foi indeferido (fls.39) face à decadência do direito de pleitear a restituição, nos termos do disposto no Ato Declaratório nº. 96, de 26 de novembro de 1999, com base no Parecer PGFN/CAT/nº. 1538 de 1999, *in verbis*:

“o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago 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 Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, I da Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional)”.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls.42/47) alegando que o Superior Tribunal de Justiça dirimiu divergência, estabelecendo que é de dez anos contados da ocorrência do fato gerador o prazo para o contribuinte que pagou indevidamente ou a maior em se tratando de tributos sujeito a lançamento por homologação, nos termos do artigo 168 do CTN.

Afirma que nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não é o pagamento efetuado para atender ao dever do contribuinte de antecipar o recolhimento do valor auto-lançado que extingue o crédito tributário. Isto porque, tal pagamento antecipado é feito sob a condição resolutória de ser ou não homologado, tácita ou expressamente, pelo Fisco. Dessa forma, só quando ocorre a homologação é que se consuma a extinção do crédito.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento proferiu acórdão (fls.148/155) julgando a solicitação indeferida, pois a decadência do direito de pleitear restituição e/ou

compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário (fls.158/174) reiterando praticamente os mesmos argumentos argüidos na manifestação de inconformidade, a fim de afastar a decadência do direito de pleitear a restituição do tributo pago indevidamente.

A 2ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes proferiu acórdão (fls.124/138) dando provimento ao recurso alegando que o prazo decadencial de cinco anos para pedir a restituição dos pagamentos de Finsocial inicia-se a partir da edição da MP 1.110, de 30/08/1995.

A União Federal apresentou Recurso Especial (fls.190/196) sustentando que pelos exames dos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, ambos do CTN, constata-se que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

O contribuinte apresentou contra-razões ao Recurso Especial (fls.208/224) alegando que a contagem do prazo prescricional, deve ter início, na data do reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei, sendo que o prazo de 05 anos deve contar da data de ato, com efeito "erga omnes" que reconheça o vício, no caso, a MP 1110/95.

É o relatório.

Voto

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

O processo tem por objeto pedido de **compensação/restituição** (fls.01/38) de crédito originário de pagamentos referentes à Contribuição do Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, protocolizado pelo contribuinte em 11/02/2000, no tocante ao período de apuração de 01/03/1990 a 30/09/1991, correspondentes aos valores calculados às alíquotas superiores a 0,5%, cujas majorações foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O pedido de restituição foi formulado em 11/02/2000 perante a Delegacia da Receita Federal.

O meu entendimento firma-se no sentido de que o prazo para o pedido de restituição deve ser computado em cinco anos a contar da publicação da Medida Provisória 1.110 ocorrida em 31 de agosto de 1995, vencendo-se o prazo em 31 de agosto de 2000.

Sobre este tema adoto como razões de decidir as razões bem colocadas na declaração de voto vencido do Conselheiro e Presidente do Terceiro Conselho de

Contribuintes, Dr. Otacílio Dantas Cartaxo, no Processo 13899.000702/2002-48, nos termos a seguir transcritos:

“A matéria versa sobre o reconhecimento de direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº. 150.764-1, em 02/04/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

Inicialmente é mister registrar a inexistência de Aviso de Recebimento – AR nos autos, bem como da data de ciência da decisão de primeira instância pela ora recorrente. Havendo o presente processo sido diligenciado à repartição de origem, por iniciativa da DRF/Osasco em 06/12/04, para informar a data em que o contribuinte foi cientificado do Acórdão DRJ/CPS nº. 3.703 (fls. 80/88), posteriormente foram os respectivos autos encaminhados a esta Corte com a informação de fl. 126, informando da impossibilidade do atendimento da demanda outrora formulada.

Entende este Julgador, em caráter excepcional, a partir do infortuito ocorrido, por motivos devidamente justificados pela repartição preparadora, que se pode aplicar ao caso sob exame, os dispositivos contidos no art. 27 da Lei 9.784/99, que assim nos ministra:

“Art. 27 – O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo Único – No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.”

Isto posto, passa-se a apreciação dos autos.

De antemão, assinale-se que a tese esposada pela decisão de primeira instância, apesar de reconhecer o direito creditório, nos termos do art. 165-I do CTN, defende que o direito de o contribuinte pleitear a restituição extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contado da data do pagamento antecipado, de acordo com o disposto no art. 168-I do mesmo *mandamus*, nele não influenciando a condição resolutória (a homologação). Observou-se, também, que a autoridade fiscal manteve-se inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

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, da data para o contribuinte exigir o ressarcimento do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo o que se falar em decadência, por conseguinte em homologação.

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, o reconhecimento expresso naquele Parecer que 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 o novo entendimento a se contrapor àquele esposado anteriormente.

Como visto, 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 envergadura 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 essa 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.

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional matéria essa questionada pela ora recorrente, traz-se à baila o Ac. CSRF/01-03.239 que sabiamente estabelece que em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo STF em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo; e c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

A MP nº. 1.110/95, art. 17 – III, DOU., de 31/08/95 – p. 013397, por sua vez, foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, passando a ser utilizado como referencial para o marco inicial da contagem do prazo decadencial.

Somente com o advento dessa MP é que os contribuintes, de boa-fé e com a observância do dever legal, puderam demandar sobre o ressarcimento dos pagamentos indevidos, com base nas alíquotas majoradas, acima de 0,5%, nas épocas indicadas, da referida Contribuição para o FINSOCIAL, estabelecendo-se, certamente, com isso, o marco inicial.

O reconhecimento desse indébito restou consolidado através das reiteradas reedições e posteriores edições da retromencionada MP sob os nºs 1.142/95, 1.175/95, 1.209/95, 1.244/95, 1.281/96, 1.320/96, ..., 1.490/96 e 1.621-36/98, sendo convertida na Lei nº. 10.522/02, a qual trata da matéria através do art. 18-III.

Posteriormente a essa MP a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF nº. 32, de 09/04/97, em seu artigo 2º convalidou a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Cofins, 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 de 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.¹”

Finalmente, considerando que o pedido de restituição de Finsocial formulado junto a DRF/Niterói é de 03/04/02 (fl. 01).

Considerando que o término da contagem do prazo sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00.

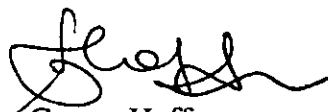
Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento, em razão de haver expirado o prazo concernente ao direito de a recorrente postular pela repetição do indébito tributário.”

Desta forma, se o pedido do contribuinte foi formulado em 11/02/2000, entendo que não ocorreu a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação dos valores pagos a título de Finsocial.

Posto isto, voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL, a fim de manter a decisão proferida pela 2ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, para afastar a decadência, determinando o retorno do processo à Delegacia da Receita Federal de origem para exame do mérito.

É como voto.

Sala das sessões, 25 de fevereiro de 2008.


Susy Gomes Hoffmann

¹ Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178.

