



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 10875.002840/97-31
Recurso nº : 302-128.188
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : SEGUNDA CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.
Interessada : MERCANTE TUBOS E AÇOS LTDA
Sessão de : 07 de novembro de 2005.
Acórdão nº : CSRF/03-04.590

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - 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 à inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 2710/98, 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 pedido de restituição da contribuinte foi formulado em 10/12/97.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Judith do Amaral Marcondes que deu provimento ao recurso.

MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO.
RELATOR

FORMALIZADO EM: 31 MAR 2006

Processo nº :10875.002840/97-31

Acórdão nº : CSRF/03-04590

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES, ANELISE DAUDT PRIETO, NILTON LUIZ BARTOLI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.



Processo nº : 10875.002840/97-31

Acórdão nº : CSRF/03-04590

Recurso nº : 302-128.188

Recorrente : FAZENDA NACIONAL

Interessada : MERCANTE TUBOS E AÇOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição (fl. 02) de créditos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração da alíquota de Finsocial (RE 150.764/PE, DJU de 02/04/93, trânsito em julgado em 04/05/93) formulado pela contribuinte junto a DRF/Guarulhos-SP em 10/12/97, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de jan/88 a mar/92, conforme planilhas (fls. 89/93) e DARFs (fls. 05/77), no valor de R\$ 376.624,61, e de compensações com débitos de tributos diversos (fls.), colacionando nos autos os elementos probantes (fls. 89).

O acórdão DRJ/CPS nº 3.509, de 10/03/03 (fls. 163/170), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“RESTITUIÇÃO DE INDEBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data de extinção do crédito tributário.

CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

O crédito tributário é extinto pelo pagamento, não influenciando, na contagem do prazo para pleitear a repetição de indébito, o fato de ter sido sob condição resolutória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Solicitação Indeferida.”

O voto condutor esposou a tese de que não sendo a interessada parte em processo administrativo ou judicial tempestivamente instaurado, sobre ela incide a regra do art. 168-I c/c o 165-I do CTN, para que exerça o seu direito à restituição. No que pertine à eficácia da declaração de inconstitucionalidade do Finsocial, proferida no controle difuso, e sua repercussão na contagem do prazo de repetição do indébito, consubstancia-se no Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, o qual posiciona-se pela extinção do crédito tributário com pagamento do tributo devido e pela decadência do direito à restituição em cinco anos contados da data do seu pagamento, sendo este o entendimento da SRF contido no seu AD/SRF nº 96/99.

Notificada da decisão de primeira instância mediante AR em 11/04/03 (fl. 173), a postulante avia o seu recurso voluntário em 09/05/03 (fls. 182/192), portanto, tempestivamente, argüindo sucintamente:

Processo nº :10875.002840/97-31
Acórdão nº : CSRF/03-04590

- Formulou pedido de Restituição/Compensação em 10/12/97, com fulcro na Lei 9.430/96, IN/SRF nºs 21 e 73/97, sendo os mesmo negados com base em suposta decadência.
- Repele o AD/SRF nº 96/99 e o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, posto que, por ser atos administrativos internos e não lei, não são instrumentos competentes para regular matéria de prazo, seja prescricional ou decadencial.
- A extinção do direito de pleitear a restituição/compensação de indébito tributário é cinco anos, nos termos dos arts. 165-I, 168-I e 156-VII do CTN (pagamento antecipado e homologação), contado da data da homologação tácita ou expressa do art. 150, § 4º do CTN.
- Requer o deferimento dos pedidos de restituição e de compensação processados sob o processo nº 10875.002840/97-31.

O Acórdão nº 302-36.201 (fls. 195/213) prolatou a decisão que proveu o recurso voluntário, para afastar a decadência argüida, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

“FINSOCIAL ALÍQUOTAS MAJORADAS. LEIS Nº 7.787/89, 7.894/89 E 8.147/90. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR. PRAZO. DECADÊNCIA. *DIES A QUO E DIES AD QUEM*.


O *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial do direito de pedir restituição de valores pagos a maior é a data em que o contribuinte viu seu direito reconhecido pela Administração Tributária, no caso, a data da publicação da MP 1.110/95, que se deu em 31/08/95. Tal prazo de cinco anos estendeu-se até 31/08/2000 (*dies ad quem*). A decadência só atingiu os pedidos formulados a partir de 01/09/2000, inclusive, o que não é o caso dos autos.

As contribuições recolhidas a maior, devidamente apuradas, podem ser administrativamente compensadas, conforme requerimento do contribuinte, nos termos da IN SRF nº 21/97, com as alterações proporcionadas pela IN SRF nº 73, de 15 de setembro de 1997 e seguintes.

RECURSO PROVIDO POR MAIORIA, AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA.”

Cientificada do acórdão retromencionado em 17/09/04 (fl. 214), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 143/149), aviando o seu recurso de divergência em 20/09/04, com fulcro no art. 5º-I do RICSRF, que trata do julgamento pela CSRF de recurso especial interposto contra decisão não unânime de Câmara de Conselho de Contribuintes, quando for contrária à lei ou à evidência da prova.

Argüi a d. procuradoria (fls. 217/224) que a decisão recorrida, no que alude à data (31/08/95, publicação no DOU da MP 1.110/95) em que o contribuinte viu o seu direito reconhecido pela Administração Tributária, afrontou dispositivo da legislação tributária a respeito da decadência, notadamente o art. 168-I do CTN, delimitando, entretanto, a lide aos marcos inicial e final do prazo para a decadência, para argüir, em suma, que somente a lei determina *o dies a quo e o dies ad quem* do prazo, não cabendo ao intérprete alterar o sentido e/ou a literalidade do dispositivo legal.



Processo nº : 10875.002840/97-31
Acórdão nº : CSRF/03-04590

Com isso, considera que o dispositivo que trata do *dies a quo* a ser aplicado ao caso, independentemente da posterior ciência do contribuinte através de quaisquer atos administrativos, é o contido no art. 168-I do CTN que dispõe que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário, através do seu pagamento.

Defende que a aplicação do art. 168-I do CTN independe completamente da data da decisão de inconstitucionalidade; que esta decisão (de inconstitucionalidade) deve respeitar, tal qual toda e qualquer lei, as situações definitivamente constituídas; exatamente porque passados cinco anos da data do pagamento o contribuinte perde o direito à repetição e a decisão de inconstitucionalidade, qualquer que seja ela, não pode mais atingir essa situação que, bem ou mal, justa ou injustamente, já definitivamente se consolidou; para a intercorrência da prescrição, o Código não exige o prévio conhecimento que o contribuinte pagou indevidamente.

Requer a restauração da decisão monocrática que considerou a decadência do pedido de restituição, por melhor corresponder à exegese do dispositivo tributário.

Admitido o REsp da PFN em 29/11/04, conforme despacho exarado pelo Presidente da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 228).

O contribuinte tomando ciência do Acórdão nº 303-31194 e do REsp da PFN comparece nos autos (fls. 239/255) repelindo os argumentos oferecidos pela Fazenda Nacional, em razão de suas assertivas implicar no enriquecimento sem causa da União em detrimento do contribuinte, eis que se tratando de tributos recolhidos com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame; para consubstanciado nos argumentos construídos por ocasião do recurso voluntário, vasta jurisprudência acostada nos autos e do acórdão prolatado pela decisão ora recorrida, requerer pela manutenção integral do mesmo.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, Relator.

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, DJU de 02/03/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

De antemão, assinala-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.

Processo nº : 10875.002840/97-31

Acórdão nº : CSRF/03-04590

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

Processo nº :10875.002840/97-31
Acórdão nº : CSRF/03-04590

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.”

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

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial formulado junto a DRF/Guarulhos-SP é de 10/12/97 (fl. 01) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00, data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95.

Ante o exposto, uma vez que já admitido o Recurso da Fazenda Nacional, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, nego-lhe provimento.

É assim que voto.

Sala de Sessões, em 07 de novembro de 2005.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

