



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 10875.003092/00-81
Recurso nº : 133.672
Acórdão nº : 301-33.062
Sessão de : 23 de agosto de 2006
Recorrente : MAGGION INDÚSTRIA DE PNEUS E MÁQUINAS
LTDA.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

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 31/08/00.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Susy Gomes Hoffmann e Irene Souza da Trindade Torres votaram pela conclusão.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Formalizado em: **11 SET 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves e Carlos Henrique Klaser Filho.

RELATÓRIO

Em razão de conter todos os elementos necessários à compreensão da lide de forma clara e concisa adoto como parte deste o relatório contido na decisão de primeira instância, adiante transcrito:

“Trata este processo de pedido de restituição/compensação, de 31 de agosto de 2000, 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 março de 1992, no montante de R\$ 1.121.403,65.

2. A autoridade fiscal indeferiu o pedido, às fls. 219/222, sob a alegação de que o direito de a contribuinte pleitear a restituição do indébito estaria extinto, a teor do previsto nos artigos 156, 165 e 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN). O prazo para repetição de indébito, inclusive aquele relativo a tributo ou contribuição pagos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seria de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, nos termos do disposto no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

3. Cientificada da decisão em 30/09/2004 (fl.302), a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 29/10/2004 (fls. 303/309), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. como entende o próprio Superior Tribunal de Justiça, o pagamento feito ao Poder Público por força de lei inconstitucional não é “indébito tributário”, mas apenas “indébito”. Assim, a restituição desse pagamento submete-se às regras gerais de prescrição e decadência aplicáveis às outras espécies de dívidas do Estado, cuja previsão consta do Decreto nº 20.910, de 1932, art. 1º, pelo que se conclui que o direito à restituição do valor indevidamente recolhido surge a partir do reconhecimento oficial da inconstitucionalidade, manifestado por órgão público legislativo, executivo ou judicial;

3.2. no presente caso, o prazo de cinco anos estabelecido pelo art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932, deve ser contado a partir de 31 de agosto de 1995, data da publicação da Medida Provisória nº 1.110, de 1995, entendimento manifestado pelo Conselho de Contribuintes;

Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

3.3. ainda que o indébito em comento estivesse sujeito às regras da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), deveria ser reformado o despacho decisório impugnado, uma vez que considerou equivocadamente o termo inicial da contagem do prazo de cinco anos estabelecido no art. 168 do referido diploma. Conforme jurisprudência do STJ, *tratando-se de lançamento tributário por homologação, o prazo decadencial só se inicia quando decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio a contar-se da homologação tácita do lançamento.*”

A Decisão DRJ/CPS nº 9.261, de 26/04/05 (fls. 336/339), indeferiu a impugnação sintetizando o seu entendimento consoante a ementa adiante transcrita:

“Restituição de indébito. Extinção do Direito. AD SRF 96/99. Vinculação. Consoante o Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data do pagamento, inclusive nos casos de tributos sujeitos à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

Solicitação Indeferida.”

O voto condutor pautou-se no ADN nº 96/99, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e no RE 57.310-PB, de 09 de outubro de 1964, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não faz nascer novo prazo de repetição e de que tal prazo, para efeito de restituição de tributos, finda com o decurso de cinco anos contados da data do pagamento, nos termos dos arts. 165 e 168-I do CTN.

Notificada da decisão de primeira instância mediante aposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 12/08/05, sexta-feira (fl. 342), iniciando-se a contagem do prazo em 15/08/05 (segunda-feira), a postulante avia o seu recurso voluntário em 13/09/05, terça-feira (fls. 343/351), portanto, tempestivamente, reiterando os termos contidos na exordial, para complementando-os, argüir sucintamente:

- Conforme o STJ, tem a cobrança do Finsocial declarada inconstitucional pelo STF natureza não tributária que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito sem causa (RE nº 150.764-1/PE).
- A restituição desse pagamento “não-tributário” feito ao Estado não se submete às regras do CTN e sim às regras gerais de prescrição e decadência aplicáveis às outras espécies de dívida do Estado para com seus administrados, atualmente contidas no art. 1º do Dec. Nº 20.910/32, conforme entendeu o próprio STJ.



Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

- Nos casos de pagamento realizado por força de lei inconstitucional o direito à restituição do valor indevidamente recolhido surge a partir do reconhecimento oficial da inconstitucionalidade, manifestado por órgão público legislativo, executivo ou judicial. Se assim não fosse, não teria havido a necessidade de compensação.
- A contagem do prazo de cinco anos previsto no referido decreto deve ser contado a partir da publicação da decisão proferida em ADIN; de Resolução do Senado Federal que retire da ordem jurídica a norma declarada inconstitucional em controle difuso ou; de ato emanado da própria Administração Pública reconhecendo a invalidade da cobrança feita.
- Como no caso do Finsocial não houve decisão do STF em ADIN, nem tampouco Resolução do Senado Federal a respeito da matéria, há que se considerar como termo inicial do prazo para restituição dos valores recolhidos a esse título o reconhecimento pelo próprio Poder Executivo do caráter indevido da respectiva cobrança, que no presente caso se deu através da edição da MP nº 1.110/95, art. 17, DOU de 31/08/95 (acs. CSRF/01-03.239, 301-30920/04, 302-36409, 201-75987 e 303-31971).
- O prazo decadencial dá-se segundo os fundamentos dos arts. 165 e 168-I, c/c os arts. 150 -§ 4º e 156-VII, todos do CTN (AgRg. REsp. 711477/SP, de 02/06/05).
- A LC nº 118/05, art. 3º, não pode retroagir, pois no caso não se trata de uma mera interpretação, sendo tal dispositivo uma norma inovadora somente podendo atingir fato gerador futuro.
- Requer a anulação da decisão de primeira instância e o reconhecimento do direito de restituição das importâncias do Finsocial pagas a maior no período de outubro/89 a abril/92, para efeitos de compensação de tais valores.
- Arrolamento de bens, consoante a IN/SRF nº 264/02 (fls. 352/353).

É o relatório.



Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

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.

A tese esposada pela decisão de primeira instância adotou o entendimento contido no AD/SRF nº 96/99, consubstanciado nos arts. 165-I e 168-I, c/c os arts. 150-§ 1º e 156-I e VII, todos do CTN, para argüir a decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição/compensação de indébito tributário oriundo da majoração da alíquota do Finsocial acima de 0,5%, majoração essa declarada inconstitucional pelo STF.

De acordo com esse entendimento, a referida decisão reconhece o direito do contribuinte ao crédito tributário (art. 165-I, CTN), entretanto, argüi que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção (art. 168-I, CTN) pelo pagamento (art. 156-I, CTN).

De antemão, é sabido que o Dec. nº 92.698/86 não foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico (CF/88), por não estar fundado na lei geral sobre tributação e nem mesmo em lei especial derogatória, conclusão esta que já foi externada pela própria COSIT por meio do seu Parecer nº 58/98, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 437/98, com fulcro no art. 168, CTN, cujo direito do contribuinte pleitear a repetição do indébito extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado do pagamento indevido, da data de extinção do débito.

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

Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

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

Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

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.”

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

Insubsistente, portanto, os argumentos esposados pelo juízo *a quo* com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial formulado junto a DRF/Guarulhos-SP é de 31/08/00 (vide capa original do

Processo nº : 10875.003092/00-81
Acórdão nº : 301-33.062

processo) e que o término da contagem do prazo prescricional, 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, dar-lhe provimento para que seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne ao marco inicial da contagem do prazo prescricional, devendo os autos ser remetido àquela Corte para o exame do pedido.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 2006



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator