



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10880.033213/99-26
Recurso n°	136.440 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n°	302-39.132
Sessão de	7 de novembro de 2007
Recorrente	VALDDAC MODA LTDA.
Recorrida	DRJ-SÃO PAULO/SP

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/10/1991

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO E/OU COMPENSAÇÃO. PRAZO PARA SOLICITAÇÃO DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

Segundo entendimento consolidado pelo STJ, está fluído o prazo para repetição de indébito após esgotado o prazo de 10 (dez) anos, contados do fato gerador, condizente à soma do prazo de 5 (cinco) anos, previsto no § 4º do artigo 150 do CTN, e de igual interstício (cinco anos) assinalado no artigo 168, I, do referido diploma.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator designado. Vencidos os Conselheiros Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, relatora que negava e Luciano Lopes de Almeida Moraes que dava provimento integral. Designado para redigir o acórdão o Conselheiro Corintha Oliveira Machado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corintho Oliveira Machado, Marcelo Ribeiro Nogueira, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Ausente o Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Paula Cintra de Azevedo Aragão.

Relatório

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, DA DECISÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL e da MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE.

Por sua clareza e objetividade, adoto, inicialmente, o relatório de fl. 373, que transcrevo:

“O contribuinte acima identificado requer, por meio do presente processo administrativo, a restituição/compensação de valores recolhidos a título de FINSOCIAL, para os períodos de apuração de setembro de 1989 a outubro de 1991 (DARFs às fls. 45 a 290), alegando que os recolhimentos foram efetuados com base nas inconstitucionais majorações de alíquotas, já que a exação era devida tão-somente à alíquota de 0,5%.

2. Com relação aos valores recolhidos a maior do Finsocial, impetrou Mandado de Segurança n.º 96.0009147-1 objetivando a sua compensação com parcelas vincendas da COFINS.

3. Mediante o Despacho Decisório n.º 1010/2000 datado de 17/07/2000 (fl. 299), a autoridade competente da Delegacia da Receita Federal em São Paulo indeferiu a restituição pretendida, concluindo, com base no disposto no Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26.11.1999, que o prazo para pleitear a restituição é de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, inclusive para as hipóteses nas quais o pagamento foi efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional. Destarte, tendo em vista que o presente pedido foi protocolizado em 24.11.1999, e que o último recolhimento indevido foi efetuado em 05.11.91 conforme planilha à fl. 37, o prazo par pleitear a restituição/compensação já se havia escoado.

4. Inconformado com o Despacho Decisório, do qual foi devidamente cientificado em 15.09.2000, o contribuinte protocolizou, em 19.09.2000, a manifestação de inconformidade de fl. 303, nos seguintes termos:

“SOLICITAMOS A IMPUGNAÇÃO DESTE DESPACHO, E PEDIMOS O DEFERIMENTO DO PROCESSO, TENDO EM VISTA QUE O ATO DECLARATÓRIO N.º 96 DE 26/11/99 DÁ A EXTINÇÃO DO CRÉDITO APÓS 5 ANOS, DANDO-SE PORTANTO O PRAZO ATÉ 30/05/2001. DO TRÂNSITO EM JULGADO, CONFORME MANDADO EM ANEXO AO PROCESSO, DATADO DE 30/05/96”.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 27 de setembro de 2005, os Membros da 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, por unanimidade de votos, indeferiram a solicitação

EMULA

da contribuinte, proferindo o Acórdão DRJ/SPOI N.º 07.982 (fls. 371/375), cuja ementa assim se apresenta:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de Apuração: 01/09/1989 a 31/10/1991

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

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 cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Intimada a tomar ciência do Acórdão prolatado, o que ocorreu em 24/11/2005 (AR à fl. 376-v), a Contribuinte, por procurador legalmente constituído (instrumento à fl. 469), protocolizou, em 23/12/2005, tempestivamente, o recurso de fls. 457 a 468, expondo os argumentos que leio em sessão, para o conhecimento dos I. Membros desta Câmara.

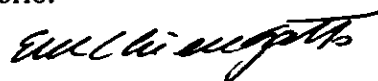
Em 06 de janeiro de 2006, a Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo – Divisão de Assuntos Fiscais - enviou à Delegacia da Receita Federal - ECRER/DIOPRT/DERAT-SP o Ofício de fl. 470 como o seguinte teor: *“Tendo em vista a localização do Processo Administrativo n.º 10880.033213/99-26, em que figura como interessado Valddac Moda Ltda., e o prazo exíguo para esta Procuradoria se manifestar conclusivamente nos autos da execução fiscal, solicito a Vossa Senhoria o envio urgente do referido processo, devidamente analisado, à Divisão de Dívida Ativa da União (...)”*

Foram os autos encaminhados à PGFN em 19/01/2006.

Em 11 de julho de 2006, a PGFN em São Paulo – Divisão de Dívida Ativa - solicitou à ECRER/DIOPRT/DERAT/SPO informar se o recurso apresentado já teria sido julgado e manifestar-se acerca de eventual manutenção, cancelamento ou retificação de inscrições da empresa, face ao resultado do julgamento (fl. 479).

O processo foi encaminhado a este Terceiro Conselho de Contribuintes e foi atribuído a esta Conselheira, na forma regimentar, numerado até a folha 473 (última dos autos). ✓

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Relatora

O presente recurso apresenta os requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

O objeto deste processo refere-se a pedido de restituição/compensação de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, apresentado por empresa regularmente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

Em sua defesa recursal, a empresa-contribuinte expôs os seguintes argumentos, em síntese:

- *O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do Finsocial, no Recurso Extraordinário n.º 150.764.*
- *A Recorrente, por homologação expressa mediante força do efeito vinculante e da eficácia erga omnes, requereu administrativamente a repetição do indébito por haver efetuado pagamentos em valores maiores que o devido no período de set/89 a março/92.*
- *Seu pedido foi protocolado em 24/11/1999.*
- *Em 17/07/2000, através do Ato Decisório n.º 1010/2000, a autoridade competente indeferiu o pedido de restituição, concluindo que escoara o prazo para o pleito; não questionou, em nenhuma oportunidade, os montantes envolvidos.*
- *A Contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, a qual não foi acolhida.*
- *Preliminarmente a Recorrente afirma que seu recurso é tempestivo, com base no art. 241, I, do CPC.*
- *No que tange à decisão monocrática administrativa, a mesma sequer analisou os montantes requeridos, indeferindo o pedido da empresa com base tão-somente no Ato Declaratório n.º 96, de 26/11/99, posterior ao pleito de repetição, datado de 24/11/99.*
- *Assim sendo, o Despacho Decisório proferido feriu os princípios da anterioridade e da irretroatividade das normas tributárias.*
- *A norma jurídica vigente para a contagem dos prazos deverá ser a interpretação vigente à época dos fatos, e, conforme o art. 112 do CTN, sempre a mais benéfica ao contribuinte.*
- *O STJ, no julgamento do REsp. n.º 435.835/SC, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento que, se*

EMCA

for tácita, ocorre cinco anos após a ocorrência do fato gerador – sendo irrelevante, para fins do cômputo do prazo, a causa do indébito.

- *Em relação à decisão da 9ª Turma da DRJ em São Paulo, a Recorrente apenas alinhou os principais fundamentos do Acórdão prolatado.*

No Mérito.

- *O art. 112 do CTN define claramente qual a interpretação a ser dada à lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades. Esta interpretação deve ser sempre a mais favorável ao acusado (sujeito passivo), em caso de dúvida.*
- *Cabe observar que a Lei Complementar nº 118, que firma nova orientação, somente foi editada e publicada no ano de 2005 não podendo, assim, retroagir, principalmente por prejudicar o contribuinte.*
- *O direito e a fundamentação do pedido da Recorrente estão baseados nos próprios julgados e entendimento do Conselho de Contribuintes, conforme ementas que se transcreve nesta oportunidade.*
- *No mesmo sentido a jurisprudência do STJ, conforme se verifica pelas ementas também transcritas.*
- *Portanto, a contagem dos prazos deverá ser interpretada nas formas da legislação vigente à época, não podendo lei posterior reger sobre fatos passados, o que torna ineficaz a decisão de declarar prescrito o pedido da Recorrente.*
- *Isto porque os fatos jurídicos tributários, dos lançamentos por homologação, ocorreram no intervalo dos anos de 1994 a 1996, e somente prescreve o direito do primeiro pleito, do ano de 1994, no ano de 1999, ato que a Recorrente exerceu.*
- *Finaliza requerendo o provimento de seu recurso, reconhecendo-se o pedido de restituição/compensação formulado ou, alternativamente, se este não for o entendimento, seja acolhido seu recurso para reconhecer o direito da Recorrente ao montante pago a maior, incluindo-se as correções e juros pertinentes, na forma da lei.*

Apresentadas as razões de defesa, passo à análise da matéria objeto deste litígio.

De pronto, entendo que a “preliminar” argüida pela Interessada não deve ser aceita, uma vez que tanto a decisão prolatada pela Delegacia de Origem, quando o Acórdão proferido pela Turma de Julgamento se restringiram a analisar a prejudicial de decadência, sem adentrar no mérito do pedido de restituição/compensação formulado. E é evidente que, ao julgarem decaído o direito à repetição do indébito, não se pronunciaram sobre os montantes requeridos.

Passo, assim, à análise do mérito, esclarecendo que, mais uma vez, cabe, em um primeiro momento, analisar a prejudicial de decadência. E somente se esta for ultrapassada é que o litígio passará a ter por objeto os montantes dos recolhimentos efetuados pela Recorrente (mérito propriamente dito).

EMULCA

A contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial – foi instituída pelo Decreto-lei nº 1940, de 25 de maio de 1982, e foi destinada a custear investimentos de carácter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

O Decreto-lei nº 2.049, de 01 de agosto de 1983, dispôs sobre as contribuições para o Finsocial, sua cobrança, fiscalização, processo administrativo e de consulta, entre outras providências.

O Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL foi aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986.

Este Decreto regulamentador, ao tratar do processo de restituição e ressarcimento do Finsocial, estabeleceu, em seu art. 122, que “o direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos ...”.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o dispositivo legal acima citado passou a não ter mais eficácia, uma vez que não foi recepcionado por aquela Carta Magna.

Senão vejamos.

Reza o art. 149 da CF/88, “in verbis”:

“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, 150, I e III, e sem prejuízo do disposto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

Ou seja, ao tratar das contribuições supracitadas, a Lei Maior apenas fez alusão aos artigos 146, inciso III, 150, incisos I e III e 195, § 6º, todos de seu próprio corpo.

Passemos à análise de cada um desses dispositivos.

O art. 146, III, determina que “*cabe à lei complementar ... estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre ... (b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários ...*”. (grifei)

Os incisos I e III do art. 150, por sua vez, assim determinam, “*in verbis*”:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

Euclá

b) *no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.*”

Finalmente, o art. 195, § 6º, dispõe que, “in verbis”:

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

...

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b.”

Verifica-se claramente que, com o advento da Constituição Federal de 1988, apenas a lei complementar (e o Código Tributário Nacional – CTN – tem este “*status*”) pode estabelecer normas gerais sobre prescrição e decadência tributárias, inclusive em relação às contribuições sociais. Neste diapasão, passaram aquelas contribuições a se submeterem às normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive as que tratam da prescrição e da decadência.

Por não existir lei especial que trate destas matérias (prescrição e decadência), **no que se refere ao direito do sujeito passivo, com referência ao Finsocial, as mesmas se sujeitam às disposições contidas no CTN. (G.N.)**

Buscando amparo naquele Código, no que se refere à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, e considerando o objeto destes autos, nos defrontamos com os arts. 168 e 165, inciso I, que estabelecem as normas a serem obedecidas quanto à questão da decadência do direito de pleitear repetição do indébito. No caso, dispõem aqueles artigos que o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Dispõe o art. 168 do CTN, “*in verbis*”:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data de extinção do crédito tributário;

II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória”.

O art. 165 daquele diploma legal assim coloca, “in verbis”:

“Art. 165 – O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

EMULA

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou das circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

(...).”

Os dispositivos legais transcritos afastam qualquer dúvida sobre o prazo que o contribuinte tem para exercer o direito de pleitear a restituição total ou parcial do tributo, qual seja, repito, de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário, considerando-se a lide objeto deste processo.

Ademais, os tributos sujeitos a lançamento por homologação são tratados no art. 150 do CTN. O § 4º do citado artigo refere-se, especificamente, ao prazo para a **Fazenda Pública homologar o lançamento antecipado pelo obrigado, e não para estabelecer o momento em que o crédito tributário se considera extinto**, o qual foi definido no § 1º do mesmo artigo, “in verbis” (G.N.):

“§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento”.

Conclui-se, portanto, que, para aos tributos sujeitos a esta modalidade de lançamento, os efeitos da extinção do crédito tributário operam desde o pagamento antecipado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos da legislação de regência, sendo que esta extinção não é definitiva, pois depende de ulterior homologação da autoridade, que, no caso de considerar a antecipação em desacordo com a legislação, poderá não homologar o lançamento.

Destaque-se, ainda, que as modalidades de extinção do crédito tributário encontram-se elencadas no art. 156 do CTN, também “in verbis”:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

II – a compensação;

III – a transação;

IV – a remissão;

V – a prescrição e a decadência;

VI – a conversão do depósito em renda;

EMLA

VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do dispositivo no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII – a consignação em pagamento nos termos do disposto no § 2º do art. 164;

IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X – a decisão judicial passada em julgado;

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

(...)”.

(Nota: o grifo não é do original)

No caso dos autos, o crédito tributário já se encontrava extinto pelo pagamento, razão pela qual não há que se falar em restituição ou compensação.

Assim, quanto ao direito material da Recorrente em pleitear a restituição/compensação dos valores recolhidos à alíquota superior a 0,5%, com referência ao Finsocial, é este o entendimento desta Relatora.

Na hipótese vertente, os pagamentos do Finsocial referem-se ao período de apuração de 01 de setembro de 1989 a 31 de outubro de 1991 e o Pedido de Restituição foi apresentado em 24 de novembro de 1999. (destaquei)

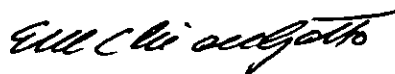
Destarte, para esta Conselheira, está evidente a ocorrência da extinção do direito de a Recorrente pleitear a restituição/compensação do mesmo Finsocial, pois seu pleito foi protocolizado na repartição competente bem após cinco anos da extinção do crédito tributário pertinente.

Em assim sendo, entende esta Julgadora que, no processo *sub judice*, a decadência do direito à restituição/compensação se concretizou, por força do previsto nos artigos 156, 165 e 168, todos do Código Tributário Nacional.

Esta posição em nada desrespeita a doutrina e a jurisprudência aportadas aos autos pela recorrente.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO**, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 7 de novembro de 2007



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Corinho Oliveira Machado, Relator Designado

A matéria decadência em expedientes de restituição e/ou compensação de FINSOCIAL é iterativa nesta Câmara. Minha convicção anterior foi externada muitíssimas vezes neste Colegiado, no sentido de que o *dies a quo* de tal contagem do prazo decadencial seria a data em que os contribuintes tiveram seus direitos reconhecidos pela Administração Tributária, consubstanciado na publicação da medida provisória nº 1.110/95 e suas reedições. Nada obstante, em sessão recente passada, um voto da i. Conselheira ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO, inclusive declarado na e. Câmara Superior de Recursos Fiscais, da qual a brilhante Conselheira faz parte, sensibilizou-me e peço vênias para reproduzi-lo parcialmente:

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária realizada em dezembro de 1992, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE, declarou a inconstitucionalidade incidental de todos os dispositivos que aumentaram a alíquota do Finsocial (Leis nº 7.787/89; 7.787/89; e, 8.147/90), reconhecendo a constitucionalidade unicamente da alíquota de incidência originária, equivalente a 0,5% sobre a receita bruta de venda de mercadorias.

"CONTRIBUIÇÃO SOCIAL-PARÂMETROS-NORMAS DE REGÊNCIA-FINSOCIAL-BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no art. 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias - folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais - artigos 195 do corpo permanente e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do art. 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do texto constitucional".

Durante vários meses defendi posicionamento idêntico ao sustentado pela Interessada, qual seja, visto que os textos legais têm pressuposto de legalidade e de constitucionalidade, o prazo de cinco anos para requerer a restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao Finsocial, somente poderia começar a ser contado a partir da modificação levada a efeito pela Medida Provisória nº 1.621-36, ou seja, a partir de 10 de junho de 1998. Nesse esteio, o prazo somente se encerraria em 10 de junho de 2003. ✓

Nada obstante, após muitas considerações e discussões com meus pares, acabei por acatar uma ponderação que entendo ser totalmente coerente: O Poder Executivo não pode ser compelido a restituir mais do que aquilo que está pacífico pelo Poder Judiciário.

Nesse esteio, a partir da presente Sessão, altero minha posição para acatar a linha de entendimento consolidado, e confirmado recentemente pelo STJ, segundo o qual o prazo de 5 (cinco) anos estabelecido para a decadência do crédito decorrente de indébito tributário (artigo 168, I, do CTN) deve ser somado ao interstício hábil à homologação assinalada no § 4º do artigo 150 do CTN:

“§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Se não se operou a homologação expressa ventilada em tal dispositivo, deflui daí a consumação tácita de tal expediente administrativo, dependente do transcurso de 5 (cinco) anos contados da ocorrência de cada qual dos fatos geradores do tributo considerado para ser reputado materializado.

Antes de esgotados os prazos referidos (5 anos + 5 anos) não se pode cogitar de extinção do direito de a Interessada requerer a restituição de tributo indevidamente recolhido, sobretudo porque não transcorrido o período hábil à constatação formal, pela Fazenda Pública, de que a mesma promoveu pagamentos indevidos.

Consulte-se, nesta toada, o entendimento do STJ sobre o tema, que em tudo confirma as observações adredemente formuladas (RE n.º 327043):

“1. Questiona-se, aqui, (a) a natureza – se interpretativa ou não - do art. 3º da LC 118/2005, segundo o qual, para efeito de contagem do prazo para a repetição do indébito, deve ser considerado que “a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado”, bem como (b) a legitimidade da art. 4º, segunda parte, da mesma Lei, que determina a aplicação retroativa daquele artigo 3º, tal como prevê o art. 106, I, do CTN.

(...)

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis. ✓

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

(...)

Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário.

Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que dá a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos.

(...)”

Nessa moldura, assente que a solicitação efetuada pela Interessada foi protocolizada em 24 de NOVEMBRO de 1999, e os fatos geradores da contribuição a ser restituída referem-se aos períodos de 01 de setembro de 1989 a 31 de outubro de 1991, entendendo que não houve completa decadência do direito pleiteado.

Ante o exposto, voto pelo DEFERIMENTO PARCIAL do recurso voluntário, para afastar a decadência aplicada no presente caso a partir de NOVEMBRO de 1989, e para que retorne o expediente à Delegacia da Receita Federal de origem, onde devem ser analisadas as demais circunstâncias do pedido de restituição/compensação formulado pela Recorrente.

Sala das Sessões, em 7 de novembro de 2007


CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator Designado