



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº 10945.005354/2003-95
Recurso nº 137.802 Voluntário
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 301-34.438
Sessão de 25 de abril de 2008
Recorrente POSTO DE SERVIÇOS AZTECA LTDA.
Recorrida DRJ/CURITIBA/PR

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

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

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO -
O direito de se pleitear o reconhecimento de crédito com o consequente 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 VOLUNTÁRIO NEGADO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Presidente


SUSY GOMES HOFFMANN – Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Cardozo Miranda, João Luiz Fregonazzi, Valdete Aparecida Marinheiro e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Ausente a Conselheira Irene Souza da Trindade Torres.

Relatório

Cuida-se de processo de declaração de compensação, fl. 01, de débitos de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativos ao período de apuração de 01/01/03 a 31/03/03, no montante de R\$ 3.352,70, com créditos decorrentes de pagamentos que teriam sido feitos a maior ou indevidamente a título de Finsocial, entre 15/10/1991 a 26/11/1991, para o período de apuração 01/09/1991 a 31/10/1991, conforme DARF de fl. 14 e planilhas de fls. 02 e 05/10.

A Declaração de Compensação foi protocolada em **15/05/2003**.

A declaração de compensação não foi homologada (fls.28/30) em face à decadência do direito de pleitear a restituição. Segundo alega o Auditor Fiscal, o Parecer PGFN/CAT nº. 678/99, posteriormente corroborado pelo de nº. 1538/99, da conjunção dos dois dispositivos do CTN (arts. 165, I e 168, I), têm-se que o direito à restituição de contribuição – inclusive aquelas pagas com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, no exercício dos controles difuso e concentrado –, extingue-se no prazo de 5 anos contados da extinção do crédito tributário. Estes pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional suscitaram a publicação do Ato Declaratório SRF nº. 96, de 26/11/99, que em seu inciso I estatui:

I – 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 (CTN).

Inconformado, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls.41/56) alegando em síntese que:

- 1) conforme os julgados do STJ, enquanto não for editada Resolução do Senado Federal ou houver pronunciamento da Excelentíssima Corte, o prazo prescricional estará em aberto, por não ter sido instituído o termo a quo do lustro prescricional;
- 2) cabe a lei complementar, nos termos do artigo 146, III, b da CF, dispor sobre os prazos de decadência e prescrição;
- 3) as compensações efetuadas encontram amparo legal na Lei nº. 8.383/91, tendo em vista que autoriza aos contribuintes a livre compensação dos valores dos tributos ou contribuições recolhidos indevidamente ou a maior, com os futuros recolhimentos correspondentes a períodos subsequentes.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Curitiba proferiu acórdão (fls.81/87) julgando a compensação não homologada, uma vez que o direito de pleitear a

106

restituição 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.

Irresignado, o contribuinte apresentou recurso (fls.92/105) reiterando praticamente os mesmos argumentos argüidos na manifestação de inconformidade.

É o relatório.



Voto

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

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

Cuida-se de processo de declaração de compensação, fl. 01, de débitos de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, relativos ao período de apuração de 01/01/03 a 31/03/03, no montante de R\$ 3.352,70, com créditos decorrentes de pagamentos que teriam sido feitos a maior ou indevidamente a título de Finsocial, entre 15/10/1991 a 26/11/1991, para o período de apuração 01/09/1991 a 31/10/1991, conforme DARF de fl. 14 e planilhas de fls. 02 e 05/10.

A Declaração de Compensação foi protocolada em **15/05/2003**.

O meu entendimento firma-se no sentido de que o prazo para o pedido de restituição deve ser computado em 5 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 corrente. 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 faros, 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 resarcimento 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 avarem 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 constitucionalidade 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 constitucionalidade 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).

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 **15/05/03**, entendo que 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 Voluntário interposto, para manter a decisão proferida pela DRJ de Curitiba, a fim de não homologar a compensação constante da declaração formulada em 15/05/03, em face da decadência do direito de crédito relativo aos pagamentos feitos a título de Finsocial, entre 15/10/1991 e 26/11/1991, para os períodos de apuração de 01/09/1991 a 31/10/1991.

É como voto.

Sala das Sessões, em 25 de abril de 2008


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora