



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 11042.000017/99-73
SESSÃO DE : 11 de setembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946
RECURSO Nº : 126.658
RECORRENTE : TAMER, TSAMBOUNARI & CIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/PORTO ALEGRE/RS

NÃO PRESCRIÇÃO. Repugna à isonomia exigida pelo ordenamento jurídico a mudança de critério jurídico praticada após a protocolização do pedido de restituição. Não se sustenta a tese da decisão recorrida em escudar-se numa alteração posterior de entendimento para desmerecer a pretensão do contribuinte. No caso presente o pedido de restituição/compensação foi feito em 08/01/1999, quando estava em vigor o entendimento administrativo expresso no Parecer COSIT 58/98.

O marco inicial para o prazo de restituição fixado a partir da MP 1.110/95 teve respaldo oficial através do Parecer COSIT nº 58, de 27 de outubro de 1998. Então, no caso concreto considera-se como termo inicial do prazo prescricional a data da publicação da MP 1.110/95, em 31/08/1995, e o termo final ocorreria somente em 30/08/2000.

NULIDADE DA DECISÃO.

A decisão recorrida deixou de analisar as demais razões de mérito, questões de fato e de direito. Afastada a prejudicial de prescrição do direito de restituição no caso presente, anula-se o processo a partir da decisão de primeira instância, devolvendo-se o processo à instância *a quo* para que se manifeste sobre o mérito restante.

ANULADA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, rejeitar a arguição de prescrição/decadência do direito à restituição e declarar a nulidade da decisão de Primeira Instância, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Anelise Daudt Prieto.

Brasília-DF, em 11 de setembro de 2003


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

22 .IAN 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: IRINEU BIANCHI, CARLOS FERNANDO FIGUIEREDO BARROS, PAULO DE ASSIS, NILTON BARTOLI e FRANCISCO MARTINS LEITE CAVALCANTE.

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946
RECORRENTE : TAMER, TSAMBOUNARI & CIA LTDA.
RECORRIDA : DRJ/PORTO ALEGRE/RS
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pleito dirigido à DRF/Pelotas/RS visando à restituição/compensação de créditos decorrentes de recolhimentos a maior que o devido, a título de Finsocial, referentes às competências agosto/1989 a março/1992, recolhidos sob alíquota superior a 0,5%. Pleiteia-se a compensação com débitos de Cofins a partir da competência 12/1998. Foram anexadas guias de recolhimento (DARF) e fotocópias de extratos das declarações de IRPJ dos períodos em questão.

A repartição de origem, por meio do Parecer de fls. 76/77 indeferiu o pedido alegando a extinção do direito de compensação, posto que transcorridos mais de 05 (cinco) anos entre a data do recolhimento e o encaminhamento do pleito à SRF.

Irresignada com a decisão, a interessada apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 82/89, onde alega ainda possuir direito creditório contra a Fazenda Nacional, ainda passível de restituição ou compensação. Insurgiu-se contra a declaração de extinção de seu direito de pleitear a repetição, afirma que a decadência nos tributos sujeitos a lançamento por homologação somente ocorre após 10 anos da ocorrência do fato gerador. Trouxe à colação jurisprudência nesse sentido. Alega, ainda, que, por ocasião da formulação do pedido, estaria em vigência o Parecer COSIT nº 58/1998, pelo qual contar-se-ia o prazo decadencial a partir da edição da MP nº 1.110/1995. Conclui requerendo o provimento da sua manifestação de inconformidade e a conseqüente reforma da decisão atacada.

A DRJ/Porto Alegre decidiu em primeira instância, por meio do Acórdão nº 583/2002 indeferir a solicitação. Os fundamentos dessa decisão estão às fls. 110/113.

Em resumo conclui que: houve decadência do direito de restituição/compensação com relação a créditos existentes anteriores a 08/01/1994 (no caso o pedido foi feito à SRF em 08/01/1999), posto que nos termos do art. 168, inciso I do CTN tal direito se extinguiu após o transcurso de 5 anos contados a partir da data de efetivação do suposto indébito (do pagamento indevido). Tal entendimento reflete a posição adotada a partir do Parecer PGFN/CAT nº 678/99, que revogou o entendimento exarado no Parecer COSIT 58/98.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 126.658
ACÓRDÃO N° : 303-30.946

O entendimento aqui adotado foi corroborado pelo Parecer PGFN/CAT n° 1.538/99 vinculante para todas as instâncias administrativas, conforme LC 73/1993. No mesmo sentido dispõe o Ato Declaratório SRF n° 096/99.

Aduz por fim que não altera o entendimento a alegação de que à época do pedido de restituição/compensação estava em vigor o Parecer COSIT 58/98, posto que o AD SRF 096/99 e os Pareceres PGFN citados são atos administrativos enunciativos, de caráter declaratório, com aplicação *ex tunc*, retroativos à data da situação jurídica que procuravam interpretar.

Irresignado, o interessado apresentou, tempestivamente, o recurso voluntário de fls. 116/129, que relato em Sessão, e portanto deve-se considerar como se aqui estivesse transcrito.

As razões principais do recurso foram pois:

a) O Finsocial é tributo sujeito a lançamento por homologação, e segundo jurisprudência emanada do STJ, a decadência do direito de repetir o indébito tributário, para o contribuinte, à falta de homologação pelo fisco, somente ocorre depois de decorridos cinco anos desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para a apuração do tributo devido.

Os artigos 165, inciso I e 168, inciso I do CTN se reportam aos casos de pagamento indevido, e determinam a extinção do direito de pleitear a restituição, no prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário.

Sendo o Finsocial sujeito ao sistema de lançamento por homologação, a extinção do respectivo crédito tributário se verifica quando da homologação do pagamento pela autoridade administrativa, e se tal homologação inexistir expressamente, a extinção se dá em cinco anos da ocorrência do fato gerador. No caso presente o fato gerador mais antigo se deu em setembro/1989, de forma que a extinção do crédito tributário só se deu em setembro de 1994, sendo este o “marco” a *quo* do prazo decadencial do direito a restituição. Sendo assim a empresa teria até setembro de 1999 para pleitear/realizar a compensação do seu crédito mais antigo contra a Fazenda.

b) Cita posições doutrinárias de Hugo de Brito Machado e de Carlos Valder do Nascimento, que consideram ser o prazo em questão de decadência e não de prescrição, o decurso do prazo de cinco anos conta-se, então, a partir do momento em que se extingue o crédito;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

c) Há uma forte corrente doutrinária administrativa representada entre outros por José Arthur Lima Gonçalves, Mário Severo Marques, Ives Gandra Martins, mas também visível no posicionamento adotado no Parecer COSIT 58/98, e em julgados do Conselho de Contribuintes e da CSRF, que em linha diversa da seguida pelo STJ e por maciça jurisprudência da Justiça Federal. Entendem que nos casos de tributos julgados inconstitucionais pelo STF, no controle difuso, caso do Finsocial, o prazo de 05 (cinco) anos para postular o direito de restituição conta-se somente a partir da data em que foi considerado inconstitucional com efeito *erga omnes*, portanto só corre após a publicação de Resolução pelo Senado Federal suspendendo a execução da lei, ou na falta desta, após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal, hipótese da IN SRF nº 31/1997, publicada em 10/04/1997, e dispensou a cobrança e determinou que a lei declarada inconstitucional pelo STF através do RE nº 150.764-1/PE, não fosse mais aplicada. Portanto o prazo decadencial para pleitear a restituição no presente caso somente ocorreria na data de 10 de abril de 2002, e o pedido do interessado foi protocolizado em 08/01/1999, tendo as compensações sido realizadas de janeiro a julho de 1999.

Referida corrente baseia-se no entendimento de que o art. 165 do CTN contém lacunas quanto às hipótese em que se admite restituição/compensação, sendo a declaração de inconstitucionalidade de tributo, uma delas, cabendo à doutrina e à jurisprudência realizar interpretação analógica. esse entendimento também vem ao encontro da pretensão do recorrente;

d) A partir da IN SRF 31/97 fica claro para o contribuinte que o sujeito ativo tributário acatou o entendimento emanado da instância judicial, e é somente a partir daí que se pode estabelecer para o contribuinte (terceiro em relação ao RE) o início da contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito, e não a partir do pagamento do tributo;

Requer o interessado a reforma da decisão atacada, para que aceite a compensação efetuada .

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário. Trata-se de matéria da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes.

A solução da lide requer a análise de uma questão prejudicial, posto que sendo decadência questão de mérito conforme definição do art. 269 do CPC, tendo a Turma Julgadora de Primeira Instância se resumido a essa questão e havendo concluído pela decadência do direito de restituição/compensação cumpre-nos de antemão verificar tal entendimento, de maneira que se confirmada a tese da DRJ nenhuma outra questão de mérito demandaria análise, porém se contrariada a tese da decadência, resultaria omissão na análise do mérito restante por parte da primeira instância julgadora, envolvendo questões de fato e de direito. Analisemos, pois, se houve ou não a decadência no caso presente.

Em primeiro lugar, cumpre afastar a primeira linha argumentativa da recorrente que pretende um prazo de decadência de dez anos para os tributos sujeitos a homologação. Diga-se, ainda, que o prazo de que se trata no caso concreto é de prescrição e não de decadência. Trata-se de típico direito de crédito, subjetivo, e não de direito potestativo. A contagem do prazo de prescrição somente pode ter início a partir de uma lesão a um direito. Isso porque, se não há lesão, não há utilidade no ato do sujeito de direito tomar alguma medida. Os artigos que tratam de restituição no CTN não prevêem a hipótese de declaração de inconstitucionalidade da norma; o princípio da segurança jurídica deve ser temperado por outro que, fulcrado na presunção de constitucionalidade das leis editadas, demanda a imediata aplicação das normas editadas pelos Poderes competentes, sob pena de disfunção sistêmica. A presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo .

Retomando o fio da meada, argumenta a recorrente que o Finsocial é tributo sujeito a lançamento por homologação, e segundo jurisprudência emanada do STJ, a decadência do direito de repetir o indébito tributário, para o contribuinte, à falta de homologação pelo fisco, somente ocorre depois de decorridos cinco anos desde a ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos contados do termo final do prazo deferido ao Fisco para a apuração do tributo devido. Acrescenta que os artigos 165, inciso I e 168, inciso I do CTN se reportam aos casos de pagamento

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

indevido, determinam a extinção do direito de pleitear a restituição, no prazo de cinco anos contados da **extinção** do crédito tributário. Conclui que sendo o Finsocial sujeito ao sistema de lançamento por homologação, a extinção do respectivo crédito tributário se verifica quando da homologação do pagamento pela autoridade administrativa, e **se tal homologação inexistir expressamente, a extinção se dá em cinco anos da ocorrência do fato gerador.**

É necessário que se firme que o prazo de prescrição segundo o CTN é, regra geral, sempre de cinco anos, podendo ser menor, e nunca maior, se lei específica assim definir. Não é demais lembrar que a matéria decadência ou prescrição está sob reserva de lei complementar desde a CF/88. A Lei 5.172/66 (CTN) foi recepcionada com status de lei complementar, e qualquer norma que pretenda contrariar o CTN nessa matéria de decadência/prescrição deverá necessariamente ser veiculada por lei complementar.

Lembra-se que no caso de tributo sujeito a homologação, pode ocorrer que transcorram cinco anos a partir do recolhimento sem que haja qualquer revisão pelo fisco, e neste caso ocorreria a chamada homologação tácita. Nesta hipótese, que coincide com a do caso concreto, tendo havido uma antecipação de pagamento e transcorridos cinco anos contados do pagamento haveria a decadência para o fisco de efetuar qualquer revisão e conseqüente lançamento de ofício. Mas quanto ao prazo para pedido de restituição da quantia indevidamente recolhida, lembremos que segundo o CTN o pagamento antecipado extingue o crédito tributário **sob condição resolutiva de ulterior homologação pelo fisco**; ora, com o transcurso dos cinco anos e homologação tácita, implementou-se a condição resolutiva **tornando extinto o crédito tributário desde a data do efetivo pagamento**, e portanto o termo inicial para contagem do prazo prescricional para esta hipótese seria a data do recolhimento efetuado.

No entanto, o recolhimento do tributo se deu sob o pressuposto de constitucionalidade da lei, e constitui um fato novo a decisão de inconstitucionalidade da alíquota de Finsocial superior a 0,5% para os casos que especifica.

Nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 43995/RS, o Eminentíssimo Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, assim se pronunciou, citando HUGO DE BRITO MACHADO:

“Ocorre que a presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

É certo que o contribuinte pode promover a ação de restituição, pedindo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Tal ação, todavia, é diversa daquela que tem o contribuinte, diante da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo. Na primeira, o contribuinte enfrenta, como questão prejudicial, a questão da inconstitucionalidade. Na segunda, essa questão encontra-se previamente resolvida.

Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que está aquela presunção.”

A segunda linha argumentativa busca definir um termo de início para o prazo prescricional do direito de repetição de indébito no caso de tributo julgado inconstitucional pelo STF no controle difuso.

Embora polêmica a questão esteve equacionada por certo período, até 30/11/1999, no substancioso PARECER COSIT 58/98.

Transcrevo, aqui, ainda que de forma resumida, parte do voto do eminente Conselheiro Irineu Bianchi, proferido com referência ao Recurso nº 125.543/Ac nº 303-..(necessário preencher), que retrata a solução preconizada de modo abrangente naquele ato administrativo:

“....Com o advento da Medida Provisória nº 1.110, publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 1995, a exigência do Finsocial em percentual superior a 0,5% tornou-se indevida, já que o Poder Executivo admitiu a inconstitucionalidade daquela norma, explicitando na respectiva mensagem ao Congresso Nacional, *verbis*:

Cuida, também, o projeto, no art. 17, do cancelamento de débitos de pequeno valor ou cuja cobrança tenha sido considerada inconstitucional por reiteradas manifestações do Poder Judiciário, inclusive decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

Em sendo assim, o **tributo indevido ou pago a maior** a que alude o art. 165, I, do CTN, passou a ser assim considerado a partir da publicação da MP 1.110/95.

Logo, somente a partir desse momento é que nasceu efetivamente o direito dos contribuintes postularem perante a Administração Tributária a restituição dos valores recolhidos a maior.

De outra parte, se é certo que a MP em questão não refere a hipótese de restituição de tributos, também é certo que desde a Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998, bem assim suas sucessivas reedições, até o advento da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, ficou estabelecido que o disposto no caput não implica em restituição **ex officio** de quantia paga.

Ademais, o art. 27, da citada Lei nº 10.522, diz que “não cabe recurso de ofício das decisões prolatadas, pela autoridade fiscal da jurisdição do sujeito passivo, em processos relativos a restituição de impostos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e a ressarcimento de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados”.

Ora, se a Lei diz expressamente que o que nela se dispõe não implica em restituição *ex officio*, e se não comporta recurso de ofício acerca das decisões prolatadas em processos relativos à restituição de impostos e contribuições administrados pela SRF, segue-se que a restituição pleiteada na via administrativa é de todo pertinente.

Outrossim, o marco inicial para o prazo de restituição fixado a partir da MP 1.110/95, teve respaldo oficial através do Parecer Cosit nº 58, de 27 de outubro de 1998. Analisando dito Parecer, fica claro que tal ato abordou o assunto de forma a não deixar dúvidas, razão pela qual transcrevo o seu inteiro teor, adotando-o como fundamentos do presente voto:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Ementa: RESOLUÇÃO DO SENADO. EFEITOS.

A Resolução do Senado que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeitos *ex tunc*.

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

TRIBUTO PAGO COM BASE EM LEI DECLARADA
INCONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO. HIPÓTESES.

.....
.....
CONCLUSÃO

32. Em face do exposto, conclui-se, em resumo que:

- a) *As decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, seja na via direta, seja na via de exceção, têm eficácia ex tunc;*
- b) *os delegados e inspetores da Receita Federal podem autorizar a restituição de tributo cobrado com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, desde que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido proferida na via direta; ou, se na via indireta:*
1. *quando ocorrer a suspensão da execução da lei ou do ato normativo pelo Senado; ou*
 2. *quando o Secretário da Receita Federal editar ato específico, no uso da autorização prevista no Decreto nº 2.346/1997, art. 4.º; ou ainda,*
 3. *nas hipóteses elencadas na MP nº 1.699-40/1998, art. 18;*
- c) *quando da análise dos pedidos de restituição/compensação de tributos cobrados com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, deve ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 168 do CTN, seja no caso de controle concentrado (o termo inicial é a data do trânsito em julgado da decisão do STF), seja no do controle difuso (o termo inicial para o contribuinte que foi parte na relação processual é a data do trânsito em julgado da decisão judicial e, para terceiros não-participantes da lide, é a data da publicação da Resolução do Senado ou a data da publicação do ato do Secretário da Receita Federal, a que se refere o Decreto nº 2.346/1997, art. 4.º), bem assim nos casos permitidos pela MP nº 1.699-40/1998, onde o termo inicial é a data da publicação:*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

1. *da Resolução do Senado nº 11/1995, para o caso do inciso I;*
 2. *da MP nº 1.110/1995, para os casos dos incisos II a VII;*
 3. *da Resolução do Senado nº 49/1995, para o caso do inciso VIII,*
 4. *da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do inciso IX.*
- d) os valores pagos indevidamente a título de Finsocial pelas empresas vendedoras de mercadorias e mistas - MP nº 1.699-40/1998, art. 18, inciso III - podem ser objeto de pedido de restituição/compensação desde a edição da MP nº 1.110/1995, devendo ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco anos);*
- e) os pedidos de restituição/compensação do PIS recolhido a maior com base nos Decretos-leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, fundamentados em decisão judicial específica, devem ser feitos dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contando da data de publicação da Resolução do Senado nº 49/1995;*
- f) f) na hipótese da IN SRF nº 21/1997, art. 17, § 1º, com as alterações da IN SRF nº 73/1997, não há que se falar em prazo decadencial ou prescricional, tendo em vista tratar-se de decisão já transitada em julgado, constituindo, apenas, uma prerrogativa do contribuinte, com vistas ao recebimento, em prazo mais ágil, de valor a que já tem direito (a desistência se dá na fase de execução do título judicial). "*

Assim, o entendimento da administração tributária vazado no citado Parecer vigeu até a edição do Ato Declaratório SRF nº 096, de 26 de novembro de 1999, publicado em 30/11/99, quando este pretendeu mudar o entendimento acerca da matéria, desta feita arrimado no Parecer PGFN nº 1.538/99. O referido Ato Declaratório dispôs que:

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 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I, e 168, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

Sem embargo, o entendimento da administração tributária era aquele consubstanciado no Parecer COSIT nº 58/98. Se debates podem ocorrer em relação à matéria, quanto aos pedidos formulados a partir da publicação do AD SRF nº 096, é indubitável que os pleitos formalizados até aquela data deverão ser solucionados de acordo com o entendimento do citado Parecer, pois quando do pedido de restituição este era o entendimento da administração. Até porque os processos protocolados antes de 30/11/99 e julgados, seguiram a orientação do Parecer. Os que embora protocolados mas que não foram julgados haverão de seguir o mesmo entendimento, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual. (grifos nossos)

Entendo ainda que não se aplica ao caso presente o disposto no art. 73 da lei 9.430/66, porquanto o § 3º, do art. 18, da lei de conversão da MP 1.110 – (Lei nº 10.522) que lhe é posterior, dispõe sobre a restituição, vedando que a mesma se dê ex officio e silenciando quanto às demais formas, enquanto que o art. 27 veda o recurso oficial das decisões administrativas que concedam a restituição.

Logo, interpretando o diploma legal de forma harmônica, fica afastada a incidência do art. 73 retromencionado, bem como, fica evidenciada a possibilidade da restituição nas vias administrativas.”

Anoto que no caso presente o pedido de restituição/compensação foi feito em 08/01/1999, quando estava em vigor o entendimento administrativo expresso no Parecer COSIT 58/98, e que diante de princípios como o da isonomia, da lealdade entre as partes e o da moralidade administrativa, não é sustentável a decisão recorrida ao escudar-se numa alteração posterior de entendimento para desmerecer a pretensão do contribuinte.

Por outro lado, de acordo com o ilustre colega Conselheiro Irineu Bianchi, entendo que é oportuno observar que as restrições apontadas no Parecer PGFN/CRJ/Nº 3401/2002, aprovado no Despacho do Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, publicado no D.O.U. de 2 de janeiro de 2003, não podem obstar o reconhecimento de eventual direito creditório do recorrente, a menos que o contribuinte interessado neste processo tenha contra si decisão judicial transitada em julgado no que tange ao FINSOCIAL.

Transcrevo a seguir o raciocínio desenvolvido pelo supramencionado Conselheiro:

“Consta do Despacho do Sr. Ministro da Fazenda que:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.658
ACÓRDÃO Nº : 303-30.946

- 1) os pagamentos efetuados relativos a créditos tributários, e os depósitos convertidos em renda da União, **em razão de decisões judiciais favoráveis à Fazenda transitadas em julgado**, não são suscetíveis de restituição ou de compensação em decorrência de a norma vir a ser declarada inconstitucional em eventual julgamento, no controle difuso, em outras ações distintas de interesse de outros contribuintes; (grifo nosso)
- 2) a dispensa de constituição do crédito tributário ou a autorização para a sua desconstituição, se já constituído, previstas no art. 18 da Medida Provisória n. 2.176-79/2002, convertida na lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, somente alcançam a situação de créditos tributários que ainda não estivessem extintos pelo pagamento.

No item “1”, estão englobados os casos que são objetivados pelo Parecer, ou seja, onde houve o questionamento judicial e as decisões foram favoráveis à Fazenda Nacional, o que não é o caso dos presentes autos, vez que não há qualquer notícia de que a parte interessada pleiteou a restituição perante o Poder Judiciário, sem sucesso.

Já o item “2” pretende dizer mais do que a própria Medida Provisória nº 1.110/95, que admitiu a inconstitucionalidade da exigência de que tratam os presentes autos.

Há que se dizer também que as conclusões do Parecer em comento, na parte que restringe o direito à restituição fora dos casos já analisados pelo Poder Judiciário, encontram-se a descoberto de qualquer motivação, o que o torna inválido neste particular, porquanto a motivação é elemento obrigatório na constituição de qualquer Ato Administrativo.

Finalmente, nunca é demais repetir que a Lei nº 10.522, veda apenas a restituição ex officio, não podendo o Parecer alargar a dicção legal.”

Por fim quando se considere no caso concreto como termo inicial do prazo prescricional a data da publicação da MP 1.110/95, em 31/08/1995, o termo final ocorreria somente em 30/08/2000.

Diante do entendimento administrativo vigente ao tempo do pedido de restituição e homologação da compensação não está o pleito da Recorrente prejudicado pela prescrição, de modo que afasto a prejudicial levantada pela Turma Julgadora e proponho que se anule o processo a partir da decisão recorrida, inclusive,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 126.658
ACÓRDÃO N° : 303-30.946

determinando que seja examinado o seu pedido, apurando-se a existência ou não dos alegados créditos, bem como, em se apurando a existência dos mesmos, se já foram utilizados pela contribuinte e/ou se foram objeto de anterior apreciação judicial.É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de setembro de 2003



ZENALDO LOIBMAN – Relator



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

Processo n.º: 11042.000017/99-73

Recurso n.º : 126.658

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 303.30.946.

Brasília - DF 02 de dezembro de 2003


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: 22.12.2004

LEANDRO FELIPE SUAN
PTN IDF