



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA**

Processo nº 11065.000646/99-71
Recurso nº 303-127.685 Especial do Procurador
Matéria Finsocial - Restituição
Acórdão nº 03-05.027
Sessão de 22 de agosto de 2006
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Banco Finansinos S/A

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 31/08/1989 a 31/10/1991

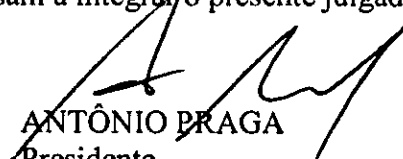
FINSOCIAL.RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

DECADÊNCIA. O termo *a quo* do prazo para solicitar a restituição do indébito decorrente de decisão judicial favorável à contribuinte, que é parte, é a data do seu trânsito em julgado.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, **NEGAR** provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


ANTÔNIO PRAGA
Presidente


ANELISE DAUDT PRIETO
Relatora Ad hoc

FORMALIZADO EM: 04 JUL 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Carlos Henrique Klaser Filho, Judith do Amaral Marcondes Armando, Luís Antonio Flora, Nilton Luiz Bartoli, Mário Junqueira Franco Junior e Manoel Antônio Gadelha Dias.

D

Relatório

A Fazenda Nacional interpõe recurso especial, com fulcro no inciso II do artigo 5º do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em face de decisão tomada pela Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 11/11/2004, que, por unanimidade de votos, afastou a arguição de decadência do direito de a contribuinte pleitear a restituição da Contribuição para o Finsocial paga a maior, determinou a devolução do processo à autoridade julgadora de primeira instância competente para apreciar as demais questões de mérito e recebeu a seguinte ementa:

FINSOCIAL: REPETIÇÃO DE INDÉBITO - Abrigada a recorrente por decisão judicial transitada em julgado que lhe reconhece o direito creditício, autoriza-se a compensação dos créditos relativos ao FINSOCIAL para aproveitamento na contribuição de COFINS.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

O Procurador alega que o entendimento da Câmara foi diverso do contido no Acórdão nº 302-35782, que recebeu a seguinte ementa:

FINSOCIAL.
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

(...)

DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional).

NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA..

O recorrente aduz que o marco inicial do referido prazo prescricional é a data da extinção do crédito tributário - leia-se data do pagamento para o caso em tela¹. Semelhante entendimento tem fulcro nos arts. 165, inciso I², e 168, inciso I³, ambos do Código Tributário Nacional; tal aceção também é constante do Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal nº 96/99.

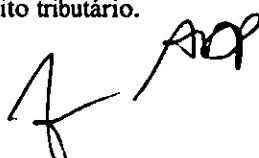
Afirma ainda que não há nada a justificar a adoção da data da edição da MP nº 1.621-36/98 como termo inicial para contagem do prazo em tela. Isto porque, no dia seguinte ao do recolhimento do tributo, o contribuinte já poderia ter buscado a tutela do Poder Judiciário para pleitear a restituição dos valores.

¹ CTN. Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:
I – o pagamento;

² 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 par. 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

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

³ 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 da extinção do crédito tributário.



Alega ainda que não havia motivos para aguardar a decisão da Suprema Corte para tal fim, uma vez que no Brasil também é admitido o controle constitucional difuso, que se caracteriza pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Suscita também divergência de entendimento acerca do *dies a quo* relativo aos efeitos do mandado de segurança preventivo impetrado pelo sujeito passivo e indica como paradigma o Acórdão nº 201-77.360, que fixa entendimento de que a ação tem natureza mandamental, e, portanto, só produz efeitos *ex tunc*.

Assim, requer quer seja cassado o acórdão recorrido e restaurada a decisão de primeira instância.

Esta Conselheira, como Presidente da Câmara recorrida, deu seguimento ao recurso especial.

Intimado, o contribuinte não apresentou contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Relatora Anelise Daudt Prieto, Relatora

Do voto apresentado pelo Ilustre Conselheiro Luis Antônio Flora extraio o seguinte:

“Recurso em consonância com a lei. Dele conheço.

Inicialmente tenho a esclarecer que não procede a alegação de que o mandado de segurança tem efeito *ex nunc*, uma vez que a possibilidade de utilização da via mandamental para discussão da questão está reconhecida em Súmula do STJ (212/213).

Assim, reconhecido o direito da contribuinte contra a aplicação da lei considerada inconstitucional, não pode a administração opor-se à decisão judicial que considerou irregular a exação, sob pena de descumprimento da ordem concedida nos autos do mandado de segurança.

Afasto, assim apenas a título de esclarecimento, a interpretação equivocada de que o mandado de segurança não tenha conferido o direito à restituição.”

No que concerne à inconstitucionalidade da exação, a contribuinte obteve decisão favorável em apelação em mandado de segurança (fls 54 e seguintes). Embargos

interpostos pela Fazenda Nacional em face da natureza jurídica do sujeito passivo foram rejeitados, conforme se constata às fls. 139. Este acórdão transitou em julgado em 29/04/1996.

Assim, trata-se de pedido de restituição/compensação de Contribuição para o Finsocial amparado em decisão do Poder judiciário que transitou em julgado em 29/04/1996. O pedido foi protocolizado em 04/03/1999.

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 165, estabelece que:

"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:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou 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." (grifei)

O artigo 168, por sua vez, dispõe o seguinte:

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 da 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." (grifei)

Surge, então, a seguinte questão: a que decisão condenatória se refere o inciso III do artigo 165 do CTN?

O Mestre Aliomar Baleeiro já afirmava: "⁴O inciso III, do art. 165, segundo nos parece, refere-se à hipótese de ter sido o crédito apreciado pelo Poder Judiciário, seja pela defesa do sujeito passivo em executivo fiscal (Decreto-Lei nº 960, de 17/12/1938) intentado pelo sujeito ativo, seja em ação movida contra este por aquele, para declarar a inexistência do débito ou relação jurídica (CPC de 1973, art. 4º e parágrafo único) ou anular o crédito tributário, ou mesmo em mandado de segurança nos limites restritos deste (CF, art. 153, par. 21; Lei 1.533, de 31/12/19512)."

É esta também a jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais..

⁴ Direito Tributário Brasileiro. 11ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000.p. 881.

Destarte, no caso em apreço, começa-se a contar o prazo para a restituição do indébito a partir do trânsito em julgado do mandado de segurança, ou seja, a partir de 04/03/1999. Assim, não há que se falar em decadência do direito à restituição, uma vez que o pedido foi protocolizado em 29/04/96.

Então, considerando que a decisão de primeiro grau foi reformada no que concerne à prejudicial de decadência e principalmente tendo em vista o princípio do duplo grau de jurisdição, entendo que os autos devem retornar à primeira instância julgadora para que esta se pronuncie em relação à matéria não abordada, ou seja, o direito à restituição/compensação.

Tal entendimento deve-se também ao fato de que os processos relativos ao Finsocial não se encontram em condições de imediato julgamento. Com efeito, normalmente falta inclusive a verificação da existência de ação judicial sobre o mesmo assunto, o que não é o caso, do efetivo recolhimento, bem como o cálculo dos valores excedentes.

À vista do exposto, voto pelo retorno dos autos à autoridade para que se manifeste em relação à matéria de mérito ainda não apreciada.

Em face de todo o exposto, entendo que o pleito do sujeito passivo, protocolado em 04/03/1999, não está fulminado pela prescrição e nego provimento ao recurso especial da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões, em 22 de agosto de 2006.


Relatora Anelise Daudt Prieto –Relatora *Ad hoc*

