



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº 13748.000335/97-88
Recurso nº 301-128.183 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 03-06.004
Sessão de 08 de setembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado SERRARIA ITAIPAVA LTDA

Assunto: FINSOCIAL. PEDIDO DE
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRAZO
PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL.

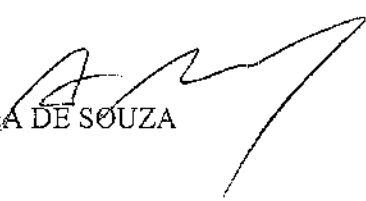
Exercício: 1989, 1990, 1991, 1992

O direito de 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. Ante a inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, 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 presente pedido de restituição refere-se ao período de apuração de 09/89 a 03/92 e foi formulado em 16/07/97, portanto, antes de consumar-se o prazo prescricional.

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 da Fazenda Nacional, determinando o retorno dos autos à DRF de origem para apreciação do mérito, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. As conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando, que adotam contagem do prazo de 10 anos para o pleito da restituição, tese dos 5 + 5, e a conselheira Anelise Daudt Prieto acompanham o Conselheiro Relator pelas suas conclusões.



ANTÔNIO JOSÉ PRAGA DE SOUZA
Presidente



OTACILIO DANTAS CARTAXO
Relator

FORMALIZADO EM: 14 JUL 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto convocado).



Relatório

O relatório do Acórdão recorrido é o seguinte:

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

"Trata o presente processo, formalizado em 16/07/1997, de pedido de restituição/compensação no valor de R\$ 98.512,78, referente a valores que teriam sido recolhidos indevidamente a título de contribuição para o Finsocial nos períodos de apuração setembro de 1989 a março de 1992, conforme requerimento de fls 01/02 e formulário de compensação à fl. 03.

2.No requerimento inicial, a interessada solicita que o crédito pleiteado seja transferido para a matriz em razão de encontrar-se com suas atividades paralisadas. Anexa à fl. 04 demonstrativo de apuração do crédito e às fls 13 a 23, DARF através dos quais foram efetuados os recolhimentos que julga indevidos

3 Analisado o pleito pela DRF/Nova Iguaçu, o mesmo foi indeferido, conforme despacho decisório de fls. 45/48, fundamentando-se a decisão nos artigos 165, I e 168 do CTN, no Parecer PGFN/CAI/Nº 1538/99 e no AD SRF nº 96/99, em razão de haver transcorrido o prazo de cinco anos entre o recolhimento dos valores e a formalização do presente processo

4 Inconformada com a decisão da autoridade administrativa local, da qual tomou ciência por via postal em 14/11/2002 (fls. 50), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 11/12/2002 (fls 51 a 59), alegando, em síntese que

4.1 o art 9º de Decreto-lei nº 2 049/83 dispõe que o prazo para a cobrança do Finsocial prescreve em 10 anos e, mutatis mutandi, da mesma forma, o prazo para pretensão de repetição/compensação deve ser o mesmo,

4.2 o art 122 do Decreto nº 92 698/86 que regulamenta o Finsocial estipula o prazo de 10 anos para pleitear a restituição. O não cumprimento pela Receita Federal do prazo fixado em lei configura ato arbitrário de abuso de poder,

4.3 havendo norma específica regulando a matéria, não pode o órgão julgador decidir de forma contrária. Do mesmo modo, não pode o Ato Declaratório nº 96/99 se opor à regulamentação editada,



4 4. os tribunais vêm decidindo de acordo com o entendimento de que o prazo para pleitear a restituição extingue-se em dez anos contados da declaração de inconstitucionalidade do tributo;

4 5 a própria Secretaria da Receita Federal reconheceu o direito pleiteado pelos contribuintes através da publicação da IN SRF nº 32/97, cujo artigo 2º deve ser interpretado extensivamente e não taxativamente para beneficiar aqueles que já haviam realizado as compensações, pois não determina prazo inicial nem final para as compensações;

4 6 a decisão da DRF de Nova Iguaçu contraria o entendimento do STJ e descumpre normas editadas pela própria Secretaria da Receita Federal,

4.7. por fim requer seja julgado procedente o pedido de compensação já realizada, por encontrar-se legalmente amparada ."

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante.

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Período de apuração. 01/09/1989 a 31/03/1992 Ementa. PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMO INICIAL O direito de pleitear restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido decai no prazo de cinco anos contados da extinção do crédito tributário, considerando-se este extinto, e, portanto, iniciado o prazo decadencial, com o pagamento antecipado, o qual já produz todos os efeitos que lhe são próprios, pois submete-se, apenas, a condição resolutória. Observância ao princípio da estrita legalidade tributária.

Solicitação Indeferida" Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, repisando argumentos

É o relatório

O Acórdão n.º 301-31543 (fl. 98) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 10/11/04, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADES Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Preliminar de nulidade afastada

FINSOCIAL PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO PRAZO PARA EXERCER O DIREITO

O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos, contado de 12/6/98, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação



Recurso a que se dá provimento para determinar o retorno do processo à DRJ para exame do mérito.

In casu, o pedido ocorreu em data de 16/07/97, quando ainda existia o direito de o contribuinte de pleitear a compensação, segundo a tese do acórdão recorrido

Cientificada do acórdão retromencionado contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls 112/146), aviando o seu recurso, com fulcro no art 5º-II do RICSRF, oferecendo como paradigma de divergência o acórdão nº 302-35782.

Aduz o d. Procurador:

- A questão central que se discute no feito é saber qual o termo inicial e o final para a contagem do prazo que o contribuinte possui para pleitear a restituição do FINSOCIAL, que veio a ser declarado inconstitucional pelo STF.
- O v. acórdão recorrido entendeu que o direito de pleitear a restituição ou compensação do Finsocial somente começa a ser contada a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98
- Pronuncia-se em favor da tese contida nos arts. 165-I e 168-I, ambos do CTN que reconhece o direito ao crédito tributário, entretanto, argui que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção pelo pagamento (art. 156-I, CTN), ocorrendo o início da contagem do prazo decadencial de cinco anos no dia do pagamento espontâneo do tributo devido.
- O art. 3º da LC nº 118 deixa claro que para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do mesmo *mandamus*, devendo o mesmo ser aplicado retroativamente a teor do art. 106-I do CTN.
- Complementa a sua fundamentação com o ADN/SRF nº 96/99, como norma integrante da legislação tributária, de caráter vinculante para a administração tributária (arts. 100-I e 103-I, CTN), sobre o seu entendimento concernente ao prazo decadencial.
- Não há na lei qualquer autorização que justifique ser considerada a data da publicação da MP nº 1.621-36/98 o termo inicial da contagem do prazo para se pleitear a restituição do Finsocial, por conseguinte para se considerar esse termo inicial da contagem do prazo para restituição do indébito mais favorável para o contribuinte, em detrimento do erário público
- Requer a reforma da decisão hostilizada para que seja restituída a decisão de primeira instância



O REsp da PFN foi admitido em 03/08/2005, conforme Despacho exarado pelo Presidente da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 150), mediante o reconhecimento da existência de tempestividade e de divergência entre o julgado e o acórdão paradigma apresentado.

Em suas contra-razões a interessada requer a manutenção do julgamento favorável por unanimidade nos termos da decisão proferida por este Conselho.

É o relatório.



Voto

Conselheiro OTACILIO DANTAS CARTAXO, Relator

O recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional preenche os quesitos necessários à sua admissibilidade quanto aos critérios de tempestividade e de divergência.

Versa a matéria trazida à apreciação desta Corte sobre o indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL cima de 0,5%, declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, DJU de 02/03/93, especificamente quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para a restituição do indébito.

A tese esposada pela decisão de primeira instância, em relação à matéria em foco, adotou o entendimento contido no AD/SRF nº 96/99 para, reconhecendo o direito do contribuinte ao crédito tributário (art 165-I CTN), argüir que o mesmo prescreve 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 modo diverso, a decisão recorrida afastou a preliminar de decadência, argüindo que o prazo de cinco anos para a restituição de indébito deve ser contado a partir da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, devendo os autos serem remetidos à instância *a quo* para exame de mérito.

A Fazenda Nacional enfatizou os mesmos argumentos expendidos na decisão de primeira instância, postulando pela sua restauração e pela reforma do acórdão recorrido.

Observou-se, também, que a autoridade fiscal se manteve inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

Desde 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, de restituição do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo que se falar em decadência.

Inicialmente, tem-se que, com o advento da MP nº 1.110, publicada no DOU de 31 de agosto de 1995, o Poder Executivo admitiu a inconstitucionalidade da fixação do termo *a quo* para contagem do prazo prescricional para fins de exigência do FINSOCIAL em percentual superior a 0,5%. Com isso, o tributo indevido ou pago a maior (art. 165-I, do CTN), relativamente ao Finsocial, passou a ser a ser assim considerado.

Nesse mesmo sentido, o Parecer Cosit nº 58, de 27/10/98, dispôs em seu item 27 que o prazo para o contribuinte não-partícipe de ação judicial possa pleitear a restituição/compensação se iniciou com a data da publicação da MP nº 1.110/95, para os casos dos incisos II a VII, do art. 17, de acordo com as hipóteses previstas no art. 18 da MP nº 1.699-40/98, *in verbis*:



Art 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e inscrição, relativamente:

I - [.]

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras e mistas, com fundamento no art 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento, conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de zero vírgula um por cento sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art 22 do Decreto=Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987

É cediço que o texto contido nas MP nº 1.110/95 e 1.621-40/98, além de suas reedições sucessivas até o advento da lei nº 1.522, de 19/07/01, não alude expressamente à hipótese de restituição de tributos, bem assim que restou estabelecido consoante o § 3º, do artigo 18 dessa lei, que o disposto neste artigo não implicará restituição *ex officio*

Entretanto, não se pode olvidar do permissivo oficial contido no Parecer Cosit nº 58/98, o qual estabeleceu o marco inicial para o prazo de restituição fixado a partir da data da publicação da MP nº 1.110/95, em 31/08/95, quando efetivamente nasceu o direito de o contribuinte postular perante a Administração Tributária a restituição/compensação de indébitos tributários.

Inobstante o entendimento vazado pela Administração Tributária no Parecer Cosit nº 58/98, foi publicado em 30/11/99 o Ato Declaratório nº 96, arrimado no Parecer PGFN nº 1.538/99, que pretendeu mudar o posicionamento acerca da matéria, ao dispor que o prazo para o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos 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 STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário (art. 165-I e 168-I, do CTN).

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, cujo reconhecimento expresso naquele Parecer 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 a esposar o novo entendimento a se contrapor àquele adotado anteriormente.

Decerto 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 esta 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.

Note-se que a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF n.º 32, de 09/04/97, em seu artigo 2.º já havia convalidado a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Confins, com fundamento no art. 9.º da Lei n.º 7 689/88, na alíquota superior a 0,5%.

Significa dizer que a Administração Tributária por meio desse 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)

Considerando que o posicionamento adotado pela SRF, em todos os pedidos protocolados até 30/11/99 deu-se com base na IN/SRF n.º 32/97 e no Parecer Cosit 58/98, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual, deve ser mantido esse entendimento para os casos ocorridos mesmo após a publicação do AD/SRF n.º 96/99, uma vez que reside na MP n.º 1.110/95 o reconhecimento do Poder



Executivo, ao admitir que a exigência do Finsocial com a alíquota majorada acima de 0,5% era inconstitucional, de acordo com os dispositivos contidos no seu art. 17-III.

Insustentáveis, portanto, os argumentos do d. Procurador com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial foi formulado em 16/07/97 (fls. 01/02) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido, dá-se em 31/08/00, não havendo que se falar em prescrição.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, retornando os autos à DRJ para exame das demais matérias.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 08 de setembro de 2008.


OTACILIO DANTAS CARTAXO

