



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13804.000378/2001-99
Recurso nº 140.732 Voluntário
Acórdão nº 3102-00.446 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de julho de 2009
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente TETRAFERRO LTDA.
Recorrida DRJ-SÃO PAULO I/SP

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 28/02/1992

FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, que ocorre com o pagamento, segundo o art. 168, I do CTN, com a interpretação autêntica do art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso voluntário. Vencidas as Conselheiras Anelise Daudt Prieto e Beatriz Veríssimo de Sena, que afastavam a decadência relativamente aos fatos geradores posteriores a 09/02/2001.

LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Presidente

CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator

Participou, ainda, do presente julgamento, a Conselheira Nanci Gama.
Ausente o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.

Relatório

O contribuinte acima identificado recorre a este Conselho, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo – DRJ/SPOI, através do Acórdão nº 16-11.284, de 17 de outubro de 2006.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório componente da decisão recorrida, de fls. 85/86, que transcrevo, a seguir:

“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 fevereiro de 1992 (DARFs à fls.17 a 30), 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. Mediante o Despacho Decisório datado de 15/06/2005 (fls. 48 a 53), a autoridade competente da Delegacia da Receita Federal em São Paulo indeferiu a restituição pretendida, concluindo, com base no disposto no Ato Declaratório SRF nº 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 09/02/2001, e que o último recolhimento indevido foi efetuado em maio de 1995, o prazo para pleitear a restituição/compensação já se havia escoado.

3. Inconformado com o Despacho Decisório, do qual foi devidamente cientificado em 12/07/2005 (AR fl. 54-verso), o contribuinte protocolizou, em 29/07/2005, a manifestação de inconformidade de fls. 55 a 69, na qual deduz, em síntese, as alegações a seguir discriminadas:

3.1. A doutrina e a jurisprudência com esteio no inciso III, do artigo 165 e inciso II, artigo 168, todos do CTN, cuidaram de tal interpretação, tendo entendido que para que o direito de restituição seja exercitável mister é que o contribuinte tome conhecimento de seu caráter indevido, o que somente ocorre a partir de publicação do ato que assim o reconheceu. Nesse sentido, o Sistema de Tributação, por meio do Parecer COSIT 58/98, apresentou a abordagem quanto ao termo inicial do prazo decadencial. Reproduz os itens 25 a 26.1 do referido parecer.

3.2. O prazo de 5 anos só pode correr após os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para aquele contribuinte em específico, que participou de ação, ou para os demais, em se tratando de ADIN, de Resolução do Senado Federal, MP ou Ato Administrativo, conforme o caso, consoante se vê dos julgados. Reproduz diversos julgados do CC e apresenta um quadro didático da questão em tela.

3.3. Tendo o Recorrente protocolado seu Pedido de Restituição em 09/02/2001, verifica-se que, em conformidade com as alegações retro mencionadas, não decaiu de seu direito de restituição/compensação, inexistindo, assim, dúvida de

que o Recorrente tem direito à restituição aos valores indevidamente recolhidos no período questionado, isto é, out/89 a fev/92 e mai/95.

3.4. Por fim, requer seja a presente Manifestação de Inconformidade acolhida e provida.”

A DRJ/São Paulo I/SP indeferiu a solicitação do contribuinte, através do referido Acórdão, cuja ementa transcrevemos, *verbis*:

“ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 28/02/1992

FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO - DECADÊNCIA

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”

Irresignado com a decisão de primeira instância, o recorrente interpôs Recurso Voluntário (fls. 91/107), reiterando os argumentos trazidos em sua manifestação de inconformidade e salientando que os valores a serem restituídos devem ser atualizados monetariamente.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro CELSO LOPES PEREIRA NETO, Relator

O recorrente tomou ciência da decisão, ora recorrida, em 16/04/2007 (AR de fls. 90v), e protocolou seu recurso voluntário, em 11/05/2007 (fls. 91), sendo, portanto, tempestivo.

Levanto a preliminar de extinção do direito de o contribuinte pleitear a restituição do Finsocial pago indevidamente.

Em primeiro lugar, peço vênia para externar de forma clara meu entendimento relativo à decadência do direito de pleitear a devolução de quaisquer tributos pagos indevidamente ou em valores maiores que o devido, mesmo aqueles sujeitos a lançamento por homologação: 5 anos a partir da data do pagamento, conforme determina o CTN, em seus arts 165, I e 168, I:

"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;

(...)

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

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

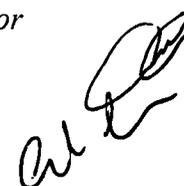
(...)"(grifei)

Nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o art. 150 fala de dois momentos que marcam a extinção do crédito tributário: com o pagamento, ocorreria a extinção sob condição resolutória (§1º) e, com a homologação, a extinção definitiva (§4º):

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

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

(...)



§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de 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.”(grifei)

Qual dos dois momentos seria o marco inicial de contagem do prazo de cinco anos?

Ora, se com o pagamento o crédito está extinto sob condição resolutória (ou resolutive) da homologação, significa que a extinção vigorará até que a Fazenda Pública tomando conhecimento da atividade (pagamento) exercida pelo sujeito passivo verifica que ela foi correta e exata e homologa-a ou constatando omissão ou inexactidão, procede à revisão de ofício (art. 149, V, CTN). Permitindo-me um neologismo, em vez de a homologação extinguir o crédito o que temos é que a não-homologação “desextinguiria” o crédito tributário, dando lugar a um lançamento suplementar sobre a diferença apurada.

Não se pode interpretar a condição resolutória como se fosse uma condição suspensiva, de tal forma que o efeito de extinção do crédito, operado pelo pagamento fosse adiado para a data de implemento da condição: a homologação. Tanto é verdade que o pagamento produz o efeito de extinguir o crédito tributário que, logo após o pagamento, o contribuinte já poderia pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente. Se a extinção do crédito tributário tivesse como pressuposto a homologação, o direito de repetir o indébito somente surgiria com a homologação, expressa ou tácita. No caso de homologação tácita, o contribuinte teria que aguardar a “extinção definitiva do crédito” pela homologação, ou seja cinco anos, para exercer seu direito de pleitear a restituição.

Esta interpretação sobre o momento da extinção do crédito tributário nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, finalmente, foi estabelecida legislativamente pelo art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, 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 da referida Lei.”(grifei)

Porém, nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais pelo Supremo Tribunal Federal, foram levantadas dúvidas se o termo inicial do prazo para pleitear a restituição seria a extinção, conforme regra estabelecida pelo art. 168, inciso I, do CTN, ou se o *dies a quo* seria a data do trânsito em julgado, ou mesmo da publicação do acórdão, da decisão que declarou a inconstitucionalidade, nos casos de controle concentrado, ou a data de publicação da Resolução do Senado que suspendeu a execução do dispositivo legal, nos casos de controle difuso.

Tal entendimento atenta contra o princípio da segurança jurídica, por atribuir efeitos *ex tunc*, de maneira absoluta, sem modulação, desfazendo, inclusive, situações jurídicas que não mais seriam passíveis de revisão administrativa ou judicial.

Também não me parece razoável a justificativa de que a presunção da constitucionalidade da lei faz com que o contribuinte comum não ouse questioná-la.

Quando alguém entende que determinada lei é inconstitucional e fere seus direitos, deve propor a ação cabível, pois o direito não socorre aos dormem, já pregavam os romanos.

Em suma, também 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 o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Ante o exposto, entendo que o direito de a recorrente pleitear a restituição da contribuição para o Finsocial, paga a maior entre os meses de 09/89 a 02/92, encontrava-se extinto por ocasião do pedido, em 09/02/2001, razão pela qual voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Sala das Sessões, em 10 de julho de 2009.



CELSON LOPES PEREIRA NETO - Relator