



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO N° : 13804.001095/00-30
SESSÃO DE : 18 de fevereiro de 2004
ACÓRDÃO N° : 302-35.962
RECURSO N° : 126.169
RECORRENTE : CASA LEIPZIG – PRESENTES E PARTICIPAÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

FINSOCIAL

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO/DECADÊNCIA

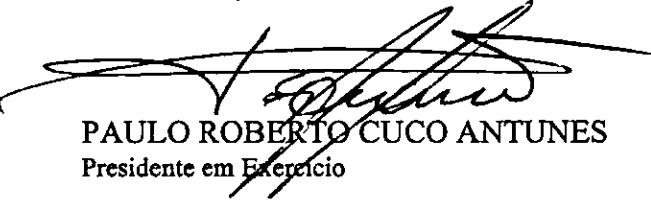
O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário (artigo 168, inciso I, Código Tributário Nacional).

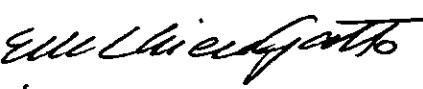
NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente) e Paulo Roberto Cuco Antunes votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 18 de fevereiro de 2004


PAULO ROBERTO CUCO ANTUNES
Presidente em Exercício


ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO
Relatora

21 MAI 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, MARIA HELENA COTTA CARDOZO, WALBER JOSÉ DA SILVA e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausentes os Conselheiros HENRIQUE PRADO MEGDA, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR e SIMONE CRISTINA BISSOTO. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.169
ACÓRDÃO Nº : 302-35.962
RECORRENTE : CASA LEIPZIG – PRESENTES E PARTICIPAÇÕES LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ SP.

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

A interessada, regularmente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ (fls. 03), apresentou, em 28 de abril de 2000, o Pedido de Restituição/Compensação de fls. 01, acompanhado dos documentos de fls. 03 a 86, referentes ao Finsocial excedente à alíquota de 0,5%, relativo ao período de apuração compreendido entre março de 1990 e março de 1992 (fls. 02).

DA DECISÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL

Em 21/02/2001, a Delegacia da Receita Federal em São Paulo/ SP, por meio do Despacho Decisório de fls. 88/89, deixou de tomar conhecimento da restituição pleiteada, face à decadência do direito da contribuinte à mesma, com base nas disposições legais contidas nos artigos 165, inciso I, e 168, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional, bem como no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão da DRF em 28/03/2001 (AR às fls. 101), a interessada apresentou, em 10/04/2001, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 92/94, acompanhada dos documentos de fls. 95/97, contendo os argumentos que leio em sessão, para o mais completo esclarecimento de meus I. Pares.

DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 29 de janeiro de 2002, a 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/ SP proferiu o Acórdão DRJ/SPO Nº 00.315 (fls. 103/106), assim ementado:



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.169
ACÓRDÃO Nº : 302-35.962

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/03/1990 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO
TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO.

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, assim considerada a data do pagamento do tributo.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA.”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do referido Acórdão em 09/02/2002 (AR às fls. 106-v), a interessada apresentou, em 26/02/2002, tempestivamente, o recurso de fls. 108/115, expondo os argumentos que leio em sessão, para o conhecimento dos I. Membros desta Câmara.

Às fls. 123 consta a remessa dos autos ao Segundo Conselho de Contribuintes e às fls. 124 o encaminhamento do processo a este Terceiro Conselho de Contribuintes, por força do disposto no Decreto nº 4.395, de 27/09/2002.

O processo foi distribuído a esta Conselheira numerado até a folha 125 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 126.169
ACÓRDÃO N° : 302-35.962

por força do § 4º do art. 150 do mesmo Código. Ressalta que este fato pode ser verificado na própria Lei nº 8.212/91 – Lei da Previdência Social.

Acrescenta, ademais, que o prazo decadencial para a restituição de tributo em virtude da declaração de inconstitucionalidade da lei, contrariamente ao entendimento equivocado da PGFN, está disciplinado no art. 168, inciso I, do CTN (o qual transcreve), salientando, contudo, que é impertinente a equivalência pretendida pela PGFN entre a situação verificada diante de uma norma inconstitucional e a verificada diante da aplicação errada de uma lei válida.

Destaca a Interessada que o controle sobre a aplicação equivocada da lei válida se insere no campo de ação do contribuinte, enquanto que a inconstitucionalidade depende do Poder Judiciário.

Transcreve em seu socorro ementa de acórdão do próprio Conselho de Contribuintes sobre a matéria (fls. 113) e, a partir do entendimento ali exposto, conclui que o pagamento indevido, diante da inconstitucionalidade da lei que havia criado o tributo, em última análise, materializa-se na data da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/1995 , que, em seu art. 17, reconhece a impertinência tributária, com eficácia “erga omnes”.

Argumenta que, até a data da edição da referida Medida Provisória, os contribuintes permaneciam na obrigação de comprovar os pagamentos efetuados, sob pena de autuação e ações decorrentes, comprovando-se não existir, até então, a solução jurídica da eficácia “erga omnes”.

Ressalta que o STJ, nas duas turmas, entende que a referida extinção do crédito tributário dá-se com a homologação do lançamento, o que, na prática, resulta num prazo de dez (10) anos.

Conclui a Recorrente que, apesar de não existir tal afirmação no AD SRF 096/99, diante dos conflitantes posicionamentos existentes, o entendimento do Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento está equivocado.

Requer, assim, que seja reconhecido seu direito à restituição/compensação, reformando-se a decisão que indeferiu sua solicitação vestibular e dando provimento ao presente recurso.

A matéria objeto deste processo foi por várias vezes analisada por este Colegiado, dando origem a vários julgados.

Quanto às hipóteses de restituição/ compensação de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, trazidas a esta Segunda Instância de Julgamento Administrativo, citaremos, apenas para exemplificar, pedidos protocolados antes ou depois de 26/11/1999, data em que foi

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.169
ACÓRDÃO Nº : 302-35.962

editado o Ato Declaratório SRF nº 96, pelo qual a Secretaria da Receita Federal adotou nova interpretação com referência ao termo inicial da contagem do prazo para a ocorrência da decadência.

Na hipótese destes autos, o pedido da Interessada foi protocolado em 28 de abril de 2000, após, portanto, a edição do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

Quanto ao direito material da Recorrente em pleitear a restituição/compensação dos valores recolhidos à alíquota superior a 0,5%, esta Relatora entende que o prazo decadencial a ser aplicado obedece às normas contidas nos artigos 165 e 168, ambos do CTN, que, ao tratar da matéria “restituição total ou parcial do tributo”, estabelecem, explicitamente, *verbis*:

“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 das 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.

(...)

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 de 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.”

Guilherme

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.169
ACÓRDÃO Nº : 302-35.962

Ora, os dispositivos legais transcritos afastam qualquer dúvida sobre o prazo que o contribuinte tem para exercer o direito de pleitear a restituição total ou parcial do tributo, qual seja, 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário, considerando-se a lide objeto deste processo.

Quanto às modalidades de extinção do crédito tributário, as mesmas encontram-se elencadas no artigo 156 do mesmo Código Tributário Nacional, que transcrevo, a seguir:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

II – a compensação;

III – a transação;

IV – a remissão;

V – a prescrição e a decadência;

VI – a conversão do depósito em renda;

VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do dispositivo no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;

VIII – a consignação em pagamento nos termos do disposto no § 2º do art. 164;

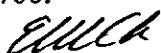
IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;

X – a decisão judicial passada em julgado;

XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

(...).” (Nota: o grifo não é do original)

Na hipótese destes autos, os pagamentos do Finsocial referem-se ao período de 01 de março de 1990 a 32 de março de 1992 e o Pedido de restituição/compensação foi apresentado em 28/04/00.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.169
ACÓRDÃO Nº : 302-35.962

Quanto à declaração de inconstitucionalidade das Leis nºs 7.689/1988, 7.787/1989 e 7.894/1989, pelo Supremo Tribunal Federal, por comungar inteiramente do entendimento exposto pela I. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo com referência ao Recurso nº 126.455, Acórdão nº 302-35.890, trago a esta Colação exerto do Voto nele proferido, que traduz minha própria posição sobre a matéria, transcrevendo-o:

“(...)

De plano, esclareça-se que o posicionamento de nossos Tribunais Superiores, relativamente à restituição/ compensação do Finsocial, não é o de que a decadência ocorre após transcorridos dez anos do pagamento indevido, mas sim o de que a extinção do direito ao pleito ocorreu em 01/04/98, conforme se depreende da ementa a seguir:

“TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ART. 49, DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12/2002). ART. 21, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 210, DE 1º/10/2002. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

.....

4. A decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferida no RE nº 150.764-1/PE, que declarou inconstitucional o Finsocial (Lei nº 7.689/88), foi julgada em 16/12/1992 e publicada no DJU de 02/04/1993. Perfazendo-se o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, seu término se deu em 01/04/1998. *In casu*, a pretensão da parte autora não se encontra atingida pela prescrição, pois a ação foi ajuizada em 05/08/1997.” (STJ – REsp 496203/RJ – DJ de 09/06/2003).

Com todo o respeito à decisão do STJ, analisando-se a questão da decadência com base no Código Tributário Nacional, as conclusões inarredáveis são aquelas esposadas no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, cujos principais trechos serão a seguir transcritos:

(...)

30. A linha interpretativa do STJ contraria, portanto, um dos princípios fundamentais do estado de direito, plenamente

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 126.169
ACÓRDÃO N° : 302-35.962

Assim, para esta Conselheira, está evidente a ocorrência da extinção do direito de a Recorrente pleitear a restituição/compensação do mesmo Finsocial.

É bem verdade que em outros processos cuja matéria também se referia à restituição/compensação de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, esta Relatora considerou outros fatos ocorridos no âmbito da Secretaria da Receita Federal que levaram a que a mesma tenha afastado a decadência, propondo o retorno dos autos à repartição de origem para análise das demais questões de mérito.

Nos casos em questão, os Pedidos de Restituição/ Compensação foram protocolados pelo contribuinte anteriormente à data de 26/11/1999, data em que foi editado o Ato Declaratório SRF nº 96/99, por meio do qual a Secretaria da Receita Federal passou a adotar outro entendimento, ou seja, passou a dar nova interpretação sobre o termo inicial para a contagem da decadência.

Até aquela data contudo, estava em vigência o Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, segundo o qual, para a Secretaria da Receita Federal, o termo inicial para a contagem da decadência, no caso da majoração da alíquota do Finsocial, era a data da Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995.

Ou seja, conforme aquele Parecer, a partir de 30 de agosto de 1995 é que passaria a ser contado o prazo de 5 (cinco) anos para a decadência do direito de pleitear a restituição total ou parcial do tributo.

Contudo, com a edição do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, **reíto**, foi dada nova interpretação com referência ao prazo decadencial (grifei), o qual passou a ser contado da data da extinção do crédito tributário, conforme preceituam os artigos nºs 165 e 168, ambos do CTN.

Ora, na hipótese destes autos, o Pedido de Restituição foi protocolado em 28/04/2000, data em estavam em vigor as disposições contidas no Ato Declaratório SRF nº 96/1999. Assim, não há como se aplicar à espécie os dispositivos constantes da Medida Provisória nº 1.110/95, conforme o entendimento externado pelo Parecer COSIT nº 58/1998, uma vez que a nova interpretação passa a regrar as situações ocorridas a partir da mesma, afastando *in totem* a interpretação pretérita.

Ademais e apenas por amor ao debate, para esta Relatora não resta qualquer dúvida de que a interpretação esposada no Parecer COSIT nº 58/98 - considerando a data da MP nº 1.110/95 como termo inicial para contagem da decadência - não observou os princípios da segurança jurídica e do interesse público, espelhados no artigo 2º da Lei nº 9.784, de 29/01/2000, a qual tem aplicação subsidiária ao processo administrativo fiscal.

Eulic

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 126.169
ACÓRDÃO N° : 302-35.962

consagrado na Constituição da República, que é o da segurança jurídica. Com efeito, permitir sejam revistas situações jurídicas plenamente consolidadas durante a vigência de lei posteriormente declarada inconstitucional, mesmo após decorridos os prazos decadenciais ou prescricionais, é estabelecer o caos na sociedade. Sim, porque a tese teria que ser aplicada a todos indistintamente, e isso significa dizer, por exemplo, que um contrato celebrado entre particulares, sob a égide de uma lei inconstitucional, possa ser desconstituído ou anulado a qualquer tempo, se a lei sob a qual se amparou for declarada inconstitucional, ainda que decorrido o prazo extintivo do direito, estabelecido na legislação civil.

(...)

34. É preciso salientar, a esta altura, que não se nega o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, tese hoje defendida pela maioria dos doutrinadores. O que se argumenta é em torno da eficácia temporal dessa espécie de decisão sobre situações já consolidadas. No campo da abstração jurídica, esse efeito é absoluto, já que ataca a lei *ab initio*, e restaura a ordem jurídica, em sua plenitude, ao *status quo ante*. Todavia, quando aplicado ao exame do caso concreto, razões relevantes ao Direito, vinculadas notadamente ao princípio da segurança jurídica e ao próprio interesse público, impõem um abrandamento da eficácia desse efeito.

(...)

41. Dessume-se, pois, que a eficácia do efeito *ex tunc* das decisões que declaram leis inconstitucionais deve ser temperada, de forma a não causar transtornos pelo desfazimento de situações jurídicas já consolidadas e, algumas vezes, irreversíveis ou de reversibilidade extremamente danosa ao Estado e à sociedade. Não se trata de questionar-se a nulidade *ab initio* da norma inconstitucional, no campo abstrato da ciência jurídica, questão aceita pela grande maioria da doutrina; mas simplesmente de reconhecer que, examinado à luz de fatos concretos, torna-se imperioso o abrandamento do efeito retroativo, para que não se provoque lesão maior do que a causada pela norma inconstitucional.

42. Ressalte-se, ademais, que o entendimento vencedor no STJ e no TRF da 1ª Região não considerou o princípio da estrita legalidade que rege o sistema tributário nacional. O CTN, como aduzido acima, cuidou expressamente do prazo de extinção do direito de pleitear a

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 126.169
ACÓRDÃO N° : 302-35.962

restituição tributária – “*seja inconstitucionalidade, seja ilegalidade do tributo*”, como ensinou ALIOMAR BALEIRO – destarte, qualquer solução que não observe o disposto no art. 165 c/c o art. 168, constituirá simples criação exegética, desprovida de qualquer amparo jurídico ou legal.

(...)

46. Por todo o exposto, são estas as conclusões do presente trabalho:

I – o entendimento de que termo *a quo* do prazo decadencial do direito de restituição de tributo pago indevidamente, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, seria a data de publicação do respectivo acórdão, no controle concentrado, e da resolução do Senado, no controle difuso, contraria o princípio da segurança jurídica, por aplicar o efeito *ex tunc*, de maneira absoluta, sem atenuar a sua eficácia, de forma a não desfazer situações jurídicas que, pela legislação regente, não sejam mais passíveis de revisão administrativa ou judicial;

II – os prazos decadenciais e prescricionais em direito tributário constituem-se em matéria de lei complementar, conforme determina o art. 150, III, “h” da Constituição da República, encontrando-se hoje regulamentada pelo Código Tributário Nacional;

III – o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do CTN, extinguindo-se, destarte, após decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código;”

Os mesmos argumentos e conclusões esposados no parecer retro aplicam-se à tese de que a contagem do prazo decadencial teria como marco inicial a data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, que estaria a suprir a ausência de resolução do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade.”

Na hipótese destes autos, todo o entendimento manifestado no excerto do voto acima transcrito, especialmente as colocações, razões e conclusões da Procuradoria Nacional da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, são inquestionavelmente aplicáveis.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

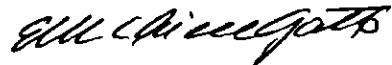
RECURSO N° : 126.169
ACÓRDÃO N° : 302-35.962

Ademais, neste processo, o Pedido de Restituição de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, **como salientado por esta Relatora por inúmeras vezes**, foi protocolado em 28 de abril de 2000, sendo que os pagamentos mais recentes efetuados pela Contribuinte referem-se ao período de março de 1992 (grifei).

Claro está, portanto, que ocorreu a decadência do direito da Recorrente solicitar a respectiva restituição.

Pelo exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO.

Sala das Sessões, em 18 de fevereiro de 2004



ELIZABETH EMILIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA**

Recurso n.º: 126.169
Processo n.º: 13804.001095/00-30

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 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.962.

Brasília- DF, 05/05/04
MF - 3.º Conselho de Contribuintes
Henrique Drádo - Presidente
Presidente da 2.ª Câmara

Ciente em:

21/5/2004

Marco Felipe Bueno
Procurador da Fazenda Nacional