



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº	13804.004165/2001-36
Recurso nº	136.206 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº	302-38.927
Sessão de	12 de setembro de 2007
Recorrente	GUICHI NAKASHIMA DISTRIBUIDORA DE FRUTAS LTDA.
Recorrida	DRJ-SÃO PAULO/SP

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/01/1991 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO.

No presente julgamento, por medida de economia processual, curvo-me à posição adotada por esta Câmara no sentido de que o prazo para que o contribuinte pleiteie a restituição/compensação de indébito relativo a tributos sujeitos a lançamento por homologação deve ser contado a partir do término do prazo para homologação do pagamento (5 + 5 = 10 anos). Jurisprudência pacificada pelo do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora. Vencidos os Conselheiros Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior e Luciano Lopes de Almeida Moraes que negavam provimento.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente e Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto, Corinho Oliveira Machado, Marcelo Ribeiro Nogueira, Mércia Helena Trajano D'Amorim e Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Paula Cintra de Azevedo Aragão.

Relatório

Trata o processo acima identificado de pedido de restituição/compensação da contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, protocolado em 21/12/2001, de valores recolhidos para o período de apuração de janeiro de 1991 a março de 1992.

A solicitação da requerente baseia-se no fato de terem sido consideradas inconstitucionais as alterações na alíquota do FINSOCIAL.

A Delegacia da Receita Federal em São Paulo - SP se manifestou pela improcedência do pleito através de Despacho Decisório de 16/12/2003 (fls. 39/44) indeferindo o pedido do contribuinte, com base no disposto no Ato Declaratório SRF nº 096, de 26/11/99, por conta de 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 na lei posteriormente declarada inconstitucional.

Salienta, ainda, aquele *decisum* que tendo em vista que o presente pedido foi protocolizado em 21.12.2001, e que o último recolhimento indevido foi efetuado em abril/1992 (planilha fl. 04), o prazo para pleitear a restituição/compensação já havia decaído.

Em sua defesa, a empresa apresentou manifestação de inconformidade tempestiva (fls. 48 a 55) com as seguintes alegações:

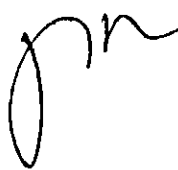
- para a inconstitucionalidade do tributo ter efeito *erga omnes*, seria necessário Resolução do Senado e o prazo decadencial começaria a fluir a partir daquela data;

- como o Senado Federal não se manifestou, a SRF editou a Instrução Normativa nº 32/92, autorizando a restituição e, somente a partir dessa data é que se começou a contar o prazo decadencial e, também, o contribuinte teve a certeza do seu direito de restituição, operando o efeito *erga omnes*;

- prestigia o entendimento com a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão nº CSRF/01-03.754, trazendo à baila, no seu voto vencedor, a inteligência do Parecer COSIT nº 58/98 e, também, o Acórdão 102-45.302, do Primeiro Conselho de Contribuintes;

- sobre a decadência, não se pode esquecer que o FINSOCIAL era um tributo por homologação, não querendo considerar o prazo decadencial *supra*, e examinando o entendimento uníssono entre a melhor doutrina pátria e as jurisprudências judiciais bem como as administrativas, a extinção do crédito tributário sujeito a homologação do lançamento efetuado pelo sujeito passivo, ocorre no momento em que o fisco realiza a “conferência” do lançamento - **homologação expressa** aceitando-se como correto ou ordenando a sua correção.

- na ausência dessa “conferência” pelo sujeito ativo se dá a homologação, chamada de **homologação tácita**, onde o decurso do prazo de 5 anos inicia-se do efetivo pagamento antecipado pelo contribuinte, e só a partir dessa homologação (*in casu* homologação tácita) que começa a fluir o prazo de decadência;



- corroborando este entendimento, traz o entendimento e a jurisprudência selecionada sobre homologação do art. 168 do CTN, pelo Doutor Láudio Camargo Fabretti, em seu livro Código Tributário Nacional Comentado, 4ª edição atualizada, São Paulo-SP, Atlas, 2003, reproduzindo a pág. 204 e, ainda, reproduz a jurisprudência contida na pág. 584 da obra Código Tributário Nacional: comentário, doutrina e jurisprudência, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003 do eminente José Jayme de Macedo Oliveira;

- como exposto, a empresa efetuou o pedido de restituição em 21-12-2001, e seu direito não estava decaído como apresenta o julgador administrativo, pois, se contarmos a partir da IN 32/97, seu direito teria se findado em 09-04-2002, e, considerando a posição do Superior Tribunal de Justiça, a empresa teria 10 anos para efetuar a restituição do pagamento efetuado, já que não ocorreu homologação expressa e sim, homologação tácita;

- se equivocou o julgador administrativo, pois as compensações foram efetuadas de acordo com as Leis 8.383/91, 9.069/91, 10.637/2002 e INs nºs 21/97, 73/97, 210/02, transcrevendo dessa última IN 210/02, o art. 21;

- as leis e as normas que regulam o Processo Administrativo facultam ao contribuinte o direito de pleitear as compensações por sua conta e risco, não estando assim prejudicadas, como apresentou o julgador administrativo;

- ao final, requer que seja recebida a presente manifestação de inconformidade, para ao final julgar PROCEDENTE o pedido, reformando a decisão DRF São Paulo, mantendo as compensações vincendas, homologando os débitos compensados e autorizando a emissão de CND quando necessário.

O pleito foi indeferido em julgamento de primeira instância, nos termos da Decisão DRJ/SPOI Nº 07.367, de 21/06/2005 (fls. 74/80), cuja ementa dispõe:

"Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/01/1991 a 31/03/1992

Ementa: 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"

Cientificado do teor da decisão de primeira instância no dia 07/07/2005, o interessado apresentou, tempestivamente, recurso voluntário no dia 25/07/2005 (fls. 82/92) ao Conselho de Contribuintes, reproduzindo as alegações da manifestação de inconformidade e, ainda:

- a Medida Provisória nº 1.110/95 vedou somente a restituição de ofício pela Administração Fazendária, mas não colocou nenhum óbice para a restituição por parte do



contribuinte, sendo portanto a partir dessa data que começaria a contar o prazo decadencial, com a certeza do contribuinte de que poderia pleitear a restituição;

- nessa esteira de raciocínio, o Terceiro Conselho de Contribuintes, nos acórdãos 301-30840, de 06-11-2003 e 301-30988, de 03-12-2003, mostrou que o prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações do FINSOCIAL é de 5 anos, contados de 12/06/1998, data da publicação da Medida Provisória nº 1621-36, que de forma definitiva trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação;

- logo, o contribuinte pleiteou a restituição em 21/12/2001 tempestivamente, sendo que o prazo prescricional só se expiraria em 12/06/2003, ou seja, 5 anos após a publicação da Medida Provisória nº 1621-36/98;

- a própria Secretaria da Receita Federal se manifestou sobre o assunto, nas Instruções Normativas nº 32/97 e 31/97, sendo que o 3º Conselho de Contribuintes considerou essa última para fixação do termo inicial de contagem para a prescrição, no Acórdão nº 301-30.830;

- de acordo com esse acórdão e considerando a data do pedido do contribuinte, em conformidade com a IN 31/97, o prazo para pleitear a restituição/compensação somente se findaria em 10/04/2002, estando a empresa dentro do prazo legal;

- considerando a posição do STJ, haja vista que o tributo em questão é operado por homologação, o contribuinte teria 10 anos para a restituição;

- destacar que a restituição é mister ser efetuada pela administração pública com a atualização monetária com as inclusões dos expurgos inflacionários, consoante o Acórdão 201-30691 e, também o Parecer da Advocacia-Geral da União nº 01/96 (DOU 08/01/96);

- não necessita efetuar o depósito recursal, haja vista que não se trata de exigência de crédito tributário e sim de restituição/compensação, como dito no Acórdão 201-74164, do Primeiro Conselho de Contribuintes;

- as compensações efetuadas no processo em questão deverão ficar suspensas, consoante o art. 17, § 11, da Lei 10.833/2003;

- ao final, requer o provimento do recurso voluntário, para o fim de reformar a decisão de primeira instância, julgando procedente o pedido de restituição e a manutenção das compensações e suas homologações.

O processo foi encaminhado a este Terceiro Conselho de Contribuintes e, conforme despacho de encaminhamento de processo, fls. 96, distribuído a esta Conselheira para relato.

É o Relatório.



Voto

Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando, Relatora

Durante vários anos venho defendendo posicionamento segundo o qual o prazo de extinção do direito de o contribuinte requerer a restituição de valores indevidamente recolhidos ao Erário se encerra 5 (cinco) anos após o respectivo pagamento, uma vez que, em síntese: (i) a presunção de legalidade/constitucionalidade não significa vedação ao exercício de questionar qualquer tributo que o contribuinte entenda como indevido; e, (ii) as garantias individuais estão subordinadas à integridade do interesse social (nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública), sendo certo que o orçamento fiscal não pode se sujeitar à imobilidade legal do contribuinte.

Nada obstante, após muitas considerações e discussões, esta Câmara acabou por adotar posição majoritária segundo a qual o Poder Executivo deve seguir as orientações emanadas pelo Poder Judiciário, quando por este pacificado.

Nesse esteio, esta Câmara passou a acatar a linha de entendimento consolidado e recentemente confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), segundo o qual o prazo de 5 (cinco) anos estabelecido para a decadência do crédito decorrente de indébito tributário (artigo 168, I, do CTN) deve ser somado ao interstício hábil à homologação assinalada no § 4º do artigo 150 do CTN:

"§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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."

Se não se operou a homologação expressa ventilada em tal dispositivo, deflui daí a consumação tácita de tal expediente administrativo, dependente do transcurso de 5 (cinco) anos contados da ocorrência de cada qual dos fatos geradores do tributo considerado para ser reputado materializado.

Antes de esgotados os prazos referidos (5 anos + 5 anos) não se pode cogitar de extinção do direito de o contribuinte requerer a restituição de tributo indevidamente recolhido, sobretudo porque não transcorrido o período hábil à constatação formal, pela Fazenda Pública, de que a mesma promoveu pagamentos indevidos.

Consulte-se, nesta toada, o entendimento do STJ sobre o tema, que em tudo confirma as observações adredemente formuladas (RE nº 327043):

"1. Questiona-se, aqui, (a) a natureza – se interpretativa ou não – do art. 3º da LC 118/2005, segundo o qual, para efeito de contagem do prazo para a repetição do indébito, deve ser considerado que "a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado", bem como (b) a legitimidade da art. 4º, segunda parte, da mesma Lei, que determina a aplicação retroativa daquele artigo 3º, tal como prevê o art. 106, I, do CTN."



(...)

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis.

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

(...)

Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário.

Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que dá a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos.

(...)”

Nessa linha, apesar de pessoalmente, não concordar com o entendimento adotado pela Câmara, no presente julgamento, como medida de economia processual (evitando que outro Conselheiro tenha que ser designado para proferir o voto vencedor), curvo-me a posição acima explicitada e, com isso, partindo das premissas que: (i) a solicitação levada a efeito pela Interessada foi protocolizada em 06 de dezembro de 2001; (ii) os recolhimentos se referem aos períodos de apuração de setembro de 89 a fevereiro de 1992 e março de 1992 a



junho de 1994; tenho que a mesma é parcialmente tempestiva e, portanto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso da Interessada.

Sala das Sessões, em 12 de setembro de 2007


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO – Relatora