Publicado no Diário Oficial da União
de 21 / 11 / 2002
Rubrica

Processo nº : 13821.000257/99-62
Recurso nº : 117.076
Acórdão nº : 201-76.017

Recorrente : MINHOLI YAMAMOTO LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE

Termo *a quo* para contagem do prazo para postular a repetição do indébito tributário. Tratando-se de tributo cujo recolhimento indevido ou a maior se funda no julgamento, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade, em controle difuso, das majorações da alíquota da exação em foco, o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional do direito de pedir a restituição dos valores é a data em que o contribuinte viu seu direito reconhecido pela administração tributária (no caso, a publicação da MP nº 1.110, em 31/08/1995).

Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **MINHOLI YAMAMOTO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 21 de março de 2002

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Jorge Freire
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Adriene Maria de Miranda (Suplente), Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Antônio Mário de Abreu Pinto e Sérgio Gomes Velloso.

cl/opr

Processo nº : 13821.000257/99-62
Recurso nº : 117.076
Acórdão nº : 201-76.017

Recorrente : MINHOLI YAMAMOTO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação (fls. 01/02) de crédito do FINSOCIAL que a interessada alega ter recolhido a maior, relativo aos períodos de apuração de dezembro de 1989 a março de 1992.

A Delegacia da Receita Federal em Araçatuba - SP, através da Decisão de fls. 78/80, indeferiu o referido pleito por ter sido alcançado pela decadência.

Tempestivamente, a empresa apresentou sua manifestação de inconformidade contra a referida decisão, às fls. 83/95, alegando, em síntese, que a SRF equivocou-se ao tratar o prazo de restituição de indébito como decadência quando o certo seria referir-se à prescrição. Aduz que o prazo prescricional para a repetição de indébito tributário é de 10 (dez) anos.

A autoridade julgadora de primeira instância administrativa, através da Decisão de fls. 97/100, julgou improcedente a solicitação, resumindo seu entendimento nos termos da ementa de fl. 97, que se transcreve:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/12/1989 a 31/03/1992

Ementa: ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das leis.

PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado nos casos de lançamento por homologação.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA"

Insurgindo-se contra a decisão prolatada em primeira instância, a recorrente apresentou, em 23.02.01 (fls. 103/126), recurso voluntário a este Conselho de Contribuintes repisando os pontos expendidos na peça impugnatória e acrescentando que o direito material não se extinguiu pelo tempo e as normas legais vigentes foram aplicadas corretamente.

É o relatório.

Processo nº : 13821.000257/99-62
Recurso nº : 117.076
Acórdão nº : 201-76.017

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
JORGE FREIRE

A questão acerca do termo a quo para contagem do prazo decadencial para o direito de pedir a restituição do FINSOCIAL pago acima da alíquota de meio por cento (0,5 %), é questão já definida nesta Câmara. Exceto a opinião do ilustre Dr. José Roberto Vieira, que entende que o prazo é de dez anos a contar da data do indevido pagamento, os demais, dentre os quais me incluo, entendem que o prazo na questão versada nos autos tem como termo inicial a data da publicação da MP nº 1.110/95, qual seja, em 31 de agosto de 1995, contando-se a partir daí o prazo de cinco anos.

Bastante elucidativo é, nesse sentido, o entendimento constante do Parecer Cosit nº 58, de 27/10/98, que, em seu item 32, letra "c", assim enfrenta a controvérsia:

> *"c) quando da análise dos pedidos de restituição cobrados com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, deve ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no art. 168 do CTN, seja no caso de controle concentrado (o termo inicial é a data do trânsito em julgado da decisão do STF), seja no controle difuso (o termo inicial para o contribuinte que foi parte na relação processual é a data do trânsito em julgado da decisão judicial) e, para terceiros não participantes da lide, é a data da publicação do ato do Secretário da Receita Federal, a que se refere o Decreto 2.346/1997, art. 4º), bem assim nos casos permitidos pela MP nº 1.699-40/1998, onde o termo inicial é a data da publicação: 1 - da Resolução do Senado 11/1995, para o caso do inciso I; 2 – da MP nº 1.110/1995, para os casos dos incisos II a VII; 3 – da Resolução do Senado inciso IX no 49/1995, para o caso do inciso VIII; 4 – da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do."*

Entendo ser plenamente aplicável o disposto em tal Parecer, tendo em vista o fato de que o Parecer PGFN/CAT nº 678/99, elaborado no intuito de modificar o Parecer Cosit nº 58/98, não enfrentou a questão referente ao reconhecimento da inconstitucionalidade do FINSOCIAL pela Medida Provisória nº 1.110/95, de modo que o primeiro documento continua vigente quanto a essa matéria.

A Medida Provisória nº 1.110/1995, de 30 de agosto de 1995, publicada no DOU de 31 de agosto de 1995, mencionada no trecho do Parecer Cosit nº 58/98 acima colacionado, tratou, em seu art. 17, inciso II, especificamente da Contribuição para o FINSOCIAL recolhida na alíquota superior a 0,5%, cujos veículos normativos foram declarados inconstitucionais pelo STF em julgamento de Recurso Extraordinário pelo Tribunal Pleno.

Tal Medida Provisória, ao reconhecer como indevido o tributo em questão, autorizando inclusive serem revistos de ofício os lançamentos já realizados, deve servir como termo inicial do prazo de 05 (cinco) anos para se pleitear a restituição das parcelas indevidamente recolhidas.

Muito elucidativa, em relação à matéria, a Nota MF/SRF/Cosit nº 32, de 16 de julho de 1999, que busca resolver a controvérsia instaurada. Em seu item 10, dispõe:

> *"O entendimento aqui defendido, em resumo, toma por premissa o fato de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição somente se iniciaria quando ele tivesse o efetivo direito de pleiteá-la, ou, em outras palavras, quando houvesse condições de a Administração poder efetivamente apreciá-la...". (grifamos)*

O ínclito Conselheiro Serafim Fernandes Corrêa, fundamentando tal posição com muita clareza e propriedade, em termos práticos, ensina que se assim não fosse, e se prevalecesse o entendimento adotado pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 *"teríamos a mais absoluta falta de compromisso com a moral, a lógica, a razão e o bom senso, princípios que devem nortear a relação fisco contribuinte"*. E exemplifica:

> *"Imagine-se a situação em que dois contribuintes, ambos sujeitos a uma determinada contribuição, tendo um pago a contribuição relativa a um determinado mês na data do vencimento e o outro atrasado o pagamento em cinqüenta e nove meses. Considerada tal contribuição inconstitucional após sessenta e um meses da data do vencimento teríamos uma situação singular: o contribuinte que pagou em dia não poderia mais pleitear a restituição porque passados mais de cinco anos da data do pagamento mas o outro que atrasou o pagamento em cinqüenta e nove meses teria direito de pedir restituição por mais cinqüenta e oito meses."*

É dizer, o recolhimento foi efetuado a maior não por erro do contribuinte, mas por exigência legal, eis que devido, em face da legislação tributária aplicável. Portanto, somente a partir do momento em que o Sr. Presidente da República, pela Medida Provisória nº 1.110, publicada em 31 de agosto de 1995, estendeu os efeitos jurídicos da decisão proferida em concreto, relativamente à declaração da inconstitucionalidade das leis que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, é que surgiu ao contribuinte o direito de restituir a diferença recolhida a maior, que a partir de então se tornou indevida, nos termos do inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional.

Por isso, sendo este o momento em que a Administração Pública reconheceu ser indevido o aludido recolhimento, é também este o termo inicial do prazo para que o contribuinte exerça seu direito, buscando a restituição do tributo recolhido indevidamente a maior.

Destarte, tendo a Recorrente protocolado seu pedido de restituição em 08/12/99 (fls. 01/02), verifico não ocorrer a decadência do direito de pleitear seus pretensos créditos, porquanto decorridos menos de 05 (cinco) anos da data da publicação da MP nº 1.110.

E, nos termos da IN SRF no 21, com as alterações proporcionadas pela IN SRF no 73/97, é perfeitamente aceitável a compensação/restituição entre tributos e contribuições sob a administração da SRF, mesmo que não sejam da mesma espécie e destinação constitucional, desde que satisfeitas os requisitos formais constantes de tal norma, fato que verifico ocorrer no caso em apreço.

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso para admitir a possibilidade de serem restituídos os valores do FINSOCIAL, recolhidos à alíquota superior a 0,5%, no período de maio/90 a fevereiro/92, ficando ressalvado o direito de o Fisco averiguar a liquidez dos valores e a exatidão dos cálculos efetuados no procedimento, e, se for o caso, desconsiderar valores já compensados.

Sala das Sessões, em 21 de março de 2002

JORGE FREIRE