RD/301126329

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	13826.000273/97-06
SESSÃO DE	:	06 de novembro de 2003
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.853
RECURSO Nº	:	126.329
RECORRENTE	:	USINA NOVA AMÉRICA S.A
RECORRIDA	:	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

RESTITUIÇÃO FINSOCIAL.
O dies a quo para o exercício do pedido de restituição dos valores recolhidos a título de FINSOCIAL, com base nas Leis 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, que foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE nº 150.764-1-PE, conta-se a partir da data da publicação da referida decisão no Diário Oficial (DJ de 02/04/1993) ou, como fora entendimento do Segundo Conselho de Contribuintes, a partir da edição da Medida Provisória 1.110, de 31/08/95.
Afastada a declaração de decadência.
RECURSO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 06 de novembro de 2003

MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente

MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ
Relatora

26 FEV 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LENCE CARLUCI e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA. Ausentes os Conselheiros ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES e JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI. Esteve presente o representante da empresa Dr. Elias de Sousa OAB/DF nº: 1984-A.

hf/1

RECURSO Nº	:	126.329
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.853
RECORRENTE	:	USINA NOVA AMÉRICA S.A
RECORRIDA	:	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP
RELATOR(A)	:	MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de indébito, relativamente ao FINSOCIAL do período de janeiro/1990 a julho/1991, no que excedeu a alíquota de 0,5%m, formalizado em 19 de dezembro de 1997.

Constam dos autos as guias originais de recolhimento do FINSOCIAL.

A Delegacia da Receita Federal em Marília houve por bem indeferir a solicitação, sob o argumento de caducidade do pedido.

Inconformado, o postulante apresentou impugnação sustentando o seu direito à compensação do indébito com créditos vincendos, que foi encaminhada para a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto, que.manteve o indeferimento, por reconhecer a ocorrência de decadência.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.329
ACÓRDÃO Nº : 301-30.853

VOTO

O cerne da questão diz respeito ao prazo decadencial para o contribuinte pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente ao Fisco.

Sustenta a autoridade fiscal recorrida que o prazo para pleitear a restituição do indébito é de 5 (cinco) anos a contar do recolhimento indevido.

Esse entendimento, em meu entender, encontra-se equivocado.

O artigo 174 do Código Tributário Nacional estabelece que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva e não do recolhimento do tributo.

A constituição definitiva de tributos cujos lançamentos se dão sob a modalidade "por homologação" ocorre somente com a homologação expressa ou tácita do Fisco , esta após o quinto ano do recolhimento.

Se assim não fosse, toda vez que o contribuinte procedesse ao recolhimento de determinado tributo dessa natureza estaria ele automaticamente extinguindo o crédito tributário, independente de conferência pelo fisco.

Na verdade, a extinção do crédito tributário somente ocorre com a homologação expressa ou tácita do recolhimento por parte da autoridade competente.

O prazo qüinqüenal de repetição do indébito , portanto, tem seu início a partir da homologação tácita ou expressa do pagamento antecipado pelo contribuinte.

A partir do pagamento realizado tem a autoridade fiscal o prazo de 5 (cinco) anos para conferir os valores recolhidos e, eventualmente, constituir o crédito tributário que julgar devido. Somente após esse prazo que se inicia o prazo do contribuinte de reaver o que pagou indevidamente.

Na prática, o contribuinte tem 10 (dez) anos a contar do respectivo pagamento, para pleitear a restituição do que pagou indevidamente.

Esse entendimento encontra-se afinado com as decisões proferidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

"Processo Civil e Tributário – Prescrição (art. 174 do CTN). 1. Em direito tributário, o prazo decadencial, que não se sujeita a suspensões ou interrupções, tem início na data do fato gerador, devendo o Fisco efetuar o lançamento no prazo de cinco anos a partir desta data. 2. O prazo prescricional ocorre após o prazo decadencial, e fica na dependência do tipo de lançamento para que se faça a contagem do qüinqüídio. 3 – A jurisprudência desta Corte, para simplificar, **conta a partir da data do fato gerador, dez anos: cinco anos como prazo decadencial e mais cinco como prazo prescricional**. 4. Aplicação da sistemática na contagem. 5. Agravo regimental improvido."*(AgRg no RESP nº 328.318-DF; Relator: Ministra Eliana Calmon; j. 04.12.01)*

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO – COMPENSAÇÃO – ART. 66 – LEI Nº 8.383/91 – PRESCRIÇÃO – DECADÊNCIA – TERMO INICIAL DO PRAZO.

1 - Agravo Regimental contra decisão que, com amparo no art. 544, parágrafo 2º, do CPC, negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela agravante, para fins de afastar a decadência pretendida.

2 - A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, por ser sujeito a lançamento por homologação o empréstimo compulsório sobre combustíveis, seu prazo decadencial só se inicia quando decorridos 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de 05 (cinco) anos a contar-se da homologação tácita do lançamento. Já o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada a inconstitucionalidade do diploma legal em que se fundou a citada exação. Estando o tributo em apreço sujeito a lançamento por homologação, há que serem aplicadas a decadência e a prescrição nos moldes acima declinados.

3 - A jurisprudência sobre decadência e a prescrição, no caso de repetição do indébito tributário – o caso debatido nos presentes autos – a qual tive a honra de ser um dos precursores quando juiz no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, demorou a se consolidar com a tese que há mais de dez anos venho defendendo e que ora encontra-se esposada no decisório objurgado.

4 - Louvável a preocupação da insigne Procuradoria na tese que abraça. No entanto, firme estou na convicção em sentido oposto, após longo e detalhado estudo que elaborei sobre o assunto, não me configurando o momento como apto a alterar o meu posicionamento.

5 - Agravo regimental."*(AgRg/AG nº 317.687/SP, Relator: Ministro José Delgado; declaração unânime; publicado no DJ 06/11/2001)*

Outrossim, outro entendimento que tem sido sufragado pelo Poder Judiciário é o de que, tratando-se de norma julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se funda a exigência tributária, o prazo para o contribuinte pleitear a restituição do que pagou indevidamente inicia-se, somente, na data da publicação da decisão no Diário Oficial.

Conforme tal entendimento, portanto, o prazo qüinqüenal para o pedido de restituição tem início a partir da decisão colegiada que declarou inconstitucional o dispositivo normativo que dava suporte à exação, independentemente se o Plenário do STF proferiu a decisão em controle concentrado ou difuso.

A inconstitucionalidade deflagrada por decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal configura-se como fato inovador da ordem jurídica, sendo o termo inicial para a contagem do prazo para restituição do indébito de 5 (cinco) anos , a data da publicação do julgado. *(Ac. un. da 6ª T. Do TRF da 3ª R. – AC 743443 – Relator Des. Fed. Mairan Maia – j. 24-10-01; Apte: União Federal/Fazenda Nacional; Apda: Canaã Veículos Ltda.; Remte: Juizo Federal as 1ª Vara de Dourados/MS – DJU 2-10-02)*

Neste mesmo sentido são os julgados da 6ª Turma do TRF – 3ª Região: AC nº 1999.03.99.074347-5-SP; Rel. Des. Federal Mairan Maia; j. 2/8/2000; v.u./AMS nº 183088-SP; Rel. Desa. Federal Marli Ferreira; j. 29/8/2001; v.u. e RESP nº 477.867-BA; Rel. Min. José Delgado; j. 11/12/2003; v.u.

Por isso que, quando houver decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, adota-se como marco inicial da contagem do prazo prescricional para o contribuinte reaver o que pagou indevidamente, a data da publicação dessa decisão no Diário Oficial.

*"Constitucional – Tributário – Compensação – **PIS** – Art. 66 da Lei nº 8383/91 – Prescrição – Termo Inicial do prazo – Ocorrência .*
A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data

em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (RESP n. 69.233/RN, rel. Min. César Asfor; RESP n. 68.292-4/SC, Rel Min. Pádua Ribeiro, RESP n. 75.006/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro)

A decisão do colendo STF, proferida no RE n. 148754/RJ, que declarou inconstitucionais os Decretos-Leis ns. 2.445 e 2.449, de 1988, foi publicada no DJ de 04/04/1995. Perfazendo o lapso de 5(cinco) anos para efetivar-se a prescrição, seu término se deu em 03/03/1999.
..... – omissis ....

(STJ- 1ª.T., RESP 477.867-BA; rel.Min. José Delgado; j. 11/12/2003; v.u.-DJU, Seção I, 14/3/2003, p.136)" "

"Consoante iterativa jurisprudência deste Pretório Superior, o termo inicial de contagem do prazo prescricional é a data da declaração de inconstitucionalidade, pelo Excelso Pretório, da lei que tornava obrigatória a exação, afastando-se a regra geral, prevista no Código Tributário Nacional.

Não há que se observar um determinado lapso temporal, para fins de se concluir se estão prescritas ou não as parcelas indevidamente recolhidas, in casu. A declaração de inconstitucionalidade tem o condão de tornar nula a obrigatoriedade de pagamento do tributo, ab initio, devendo, pis, o Estado devolver tudo o quanto obteve por força da norma contrária aos preceitos da Carta Republicada, independente de se ter passado mais de cinco anos entre a prestação tributária e o momento da propositura da ação mandamental.

A prescrição não atinge parcela a parcela, nos casos de inconstitucionalidade declarada, senão aquelas ações propostas decorridos mais de cinco anos contados da declaração de inconstitucionalidade, firmada pelo Supremo Tribunal Federal, o que não ocorreu, na espécie."
(ROMS- 13170/SP – STJ 2ª.T, rel. Min Paulo Medina, j. 05.11.2002, v.u., DJ 12.05.2003)

No caso, a primeira decisão do C. Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucional as alterações de alíquotas do FINSOCIAL ocorreu em **02/04/93**, devendo a partir dessa data ter início o cômputo do lapso prescricional para a restituição do indébito.

Sob outro argumento, porém chegando ás mesmas conclusões, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Franciulli Netto, discursa:

> *"A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora de um tributo altera a natureza jurídica dessa prestação pecuniária, que, retirada do âmbito tributário, passa a ser de indébito para com o Poder Público, e não de indébito tributário. Com efeito, a lei declarada inconstitucional desaparece do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido. Afastada a contagem do prazo prescricional/decadencial para repetição do indébito tributário previsto no Código Tributário Nacional, tendo em vista que a prestação pecuniária exigida por lei inconstitucional não é tributo, mas um indébito genérico contra a Fazenda Pública, prevista no artigo 1º. do Decreto 20.910/32. A declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não elide a presunção de constitucionalidade das normas, razão pela qual não estava o contribuinte obrigado a suscitar a sua inconstitucionalidade sem o pronunciamento da Excelsa Corte, cabendo-lhe, pelo contrário, o dever de cumprir a determinação nela contida. A tese que fixa como termo a quo para a repetição do indébito o recolhimento da inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo deverá prevalecer, pois não é justo ou razoável permitir que o contribuinte, até então desconhecedor da inconstitucionalidade da exação recolhida, seja lesado pelo Fisco. Ainda que não previsto expressamente em lei que o prazo prescricional/decadencial para restituição de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal é contado após cinco anos do trânsito em julgado daquela decisão, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio leva a essa conclusão. Cabível a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência/prescrição de cinco anos para pleitear a devolução, contado do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou inconstitucional o suposto tributo. Agravo Regimental a que se nega provimento"*
> *(STJ AGA 325864 – 2ª. T., j.03.09.2002 – DJ 02.12.2002, p.293)*

Por fim, como derradeiro argumento ao provimento do recurso apresentado, este próprio Tribunal Administrativo, através de diversos julgados proferidos pelo Segundo Conselho de Contribuintes, firmou entendimento de que o termo inicial do prazo para se pleitear a restituição dos valores recolhidos a título de Contribuição para o FINSOCIAL seria a data da publicação da Medida Provisória nº 1.110, **de 31/08/95,** que, em seu art. 17, inciso II, reconheceu tal tributo como

RECURSO Nº : 126.329
ACÓRDÃO Nº : 301-30.853

indevido (Recurso 117442 – Acórdão 201-76366 ; Recurso 119294 – Acórdão 202-14176; Recurso 118056- Acórdão n. 202-13148 – vide também CSRF RP/104-0.346 e RD/104-1074).

Isto posto, tendo em vista que o recorrente promoveu o pedido de restituição dentro do prazo de cinco anos contados da data da edição da MP 1110, e, ainda, nos decênios posteriores aos recolhimentos, voto no sentido de ser DADO PROVIMENTO ao recurso, afastando a decadência declarada na decisão recorrida, devendo o processo ser devolvido à Autoridade de Origem, para proferir decisão quanto ao mérito do pedido.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2003

MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ - Relatora

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº: 13826.000273/97-06
Recurso nº: 126.329

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2° do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Primeira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 301-30.853.

Brasília-DF, 02 de dezembro de 2003.

Atenciosamente,

Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 26/2/2004

Leandro Felipe Buen
PROCURADOR DA FAZ. NACIONAL