



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº. : 13826.000312/99-10
Recurso nº : 303-130011
Matéria : FINSOCIAL
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : DROGARIA AZUL DE PARAGUAÇU LTDA
Interessado : 3ª CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sessão de : 12 de novembro de 2007
Acórdão : CSRF/03-05.423

Ementa:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal.

Período de Apuração: 23/06/1999

Pedido de Restituição: 09/89 a 11/91

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - O direito de se pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Por esta via, o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da publicação da MP nº. 1.110 em 31/08/95 – p. 013397, posto que foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%. PRECEDENTES: AC. CSRF/03-04.227, 301-31.406, 301-31404 e 301-31.321.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto.

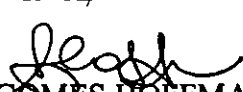
ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1) Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Prevaleceu o entendimento que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para interpor o pedido de restituição do Finsocial iniciou-se em 31/08/1995, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110 de 30/08/1995. Os Conselheiros Anelise Daudt Prieto e Antônio José Praga de Souza negaram provimento integral ao recurso, sob o entendimento que esse prazo tem como marco final a publicação do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/1999. Os Conselheiros Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Valmir Sandri negaram provimento ao recurso, entendendo que esse prazo é de 10 (anos), contados da

Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

ocorrência de cada fato gerador (tese dos “cinco + cinco”). 2) Pelo voto de qualidade, foi determinado o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal (DRF) de origem, para enfrentamento do mérito, podendo o Contribuinte, se discordar da nova decisão, interpor manifestação de inconformidade dirigida à DRJ, vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Marciel Eder Costa, Anelise Daudt Prieto e Valmir Sandri que determinavam o retorno dos autos à DRJ.



ANTONIO PRAGA
PRESIDENTE



SUSY GOMES HOFFMANN
RELATORA

FORMALIZADO EM: 17 MAR 2008



Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

Recurso nº : 303-130011
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : DROGARIA AZUL DE PARAGUAÇU LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL.

O processo tem por objeto pedido de **compensação/restituição** (fls.01/103) de crédito originário de pagamentos referentes à Contribuição do Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, protocolizado pelo contribuinte em 23/06/1999, no tocante ao período de apuração de 09/89 a 11/91, que foram pagos entre 10/1989 e 12/1991, correspondentes aos valores calculados às alíquotas superiores a 0,5%, cujas majorações foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

O pedido de restituição/compensação foi indeferido mediante despacho decisório de fls. 106 a 110, aduzindo-se, em síntese que o prazo decadencial do direito do contribuinte de pleitear a restituição e de 5 anos a contar da extinção do crédito tributário pelo pagamento, conforme disposto no Ato Declaratório n. 96/99, expedido pelo Secretário da Receita Federal e nos termos dos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Inconformado, o contribuinte apresentou manifestação de inconformidade (fls.113 a 135) alegando os seguintes fundamentos:

- 1) que o prazo para o contribuinte reaver o imposto pago a maior e de prescrição, e não de decadência;
- 2) não se pleiteou a restituição, e sim a compensação de tributos pagos indevidamente;
- 3) com o surgimento da IN SRF n. 21/97 e 31/97, ficou convalidada a compensação que tenha sido efetivada, de débitos da COFINS com valores pagos ao FINSOCIAL, e ainda admitiu que os contribuintes que ainda não efetuaram a compensação em questão pudessem fazê-la mesmo sem decisão favorável obtida em processo administrativo ou judicial;
- 4) a compensação encontra sua previsão legal na Lei n. 8.383/91 e no Decreto n. 2.138/97;
- 5) trata-se de contribuição sujeito ao lançamento por homologação, e dessa forma, considera-se extinto o crédito tributário com a homologação do lançamento, de forma expressa ou tácita;



Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto-SP proferiu acórdão (fls.151 a 158) indeferindo a solicitação, alegando, primeiramente, que tanto a restituição como a compensação pressupõe a existência de direito creditório contra a Fazenda Nacional, ou seja, o direito a restituição revestido de liquidez e certeza.

Quanto à alegação de ser o prazo em questão de prescrição e não de decadência, esclarece a autoridade julgadora que, de acordo com seu entendimento, o prazo para se exercer o direito a restituição e de decadência. Isto porque, a prescrição se aplica somente às ações condenatórias, enquanto que a decadência diz respeito ao prazo para o exercício de um direito que tem prazo especial fixado em lei, como no presente caso.

Com relação ao prazo estabelecido para se exercer o direito de se pleitear restituição, aduz que este se inicia com a extinção do crédito tributário, ou seja, com o pagamento antecipado da contribuição, conforme disposto nos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Por fim, sustenta que o Ato Declaratório da Secretaria da Receita Federal n. 96/99, veio afastar qualquer dúvida a respeito da contagem de prazo decadencial nas hipóteses de lei declarada inconstitucional. Dessa forma, o prazo decadencial é de 5 anos a contar do pagamento antecipado.

O contribuinte apresentou recurso (fls.165 a 182) reiterando praticamente os mesmos argumentos alegados na manifestação de inconformidade, com a finalidade de demonstrar sua insatisfação quanto ao indeferimento de sua pretensão em face da decadência do direito de pleitear a compensação pretendida.

O Terceiro Conselho de Contribuinte proferiu acórdão (fls.180 a 217) dando provimento ao recurso do contribuinte, fundamentando, em síntese, que o termo *a quo* do prazo prescricional do direito de pleitear restituição ou compensação relativo ao recolhimento de tributo efetuado indevidamente ou a maior que o devido em razão de julgamento da inconstitucionalidade das majorações de alíquota, pelo Supremo Tribunal Federal, e o momento em que o contribuinte teve reconhecido seu direito pela autoridade tributária, o que no caso concreto é a data da MP n. 1.110, de 31/08/95.

Irresignada, a União apresentou recurso especial (fls.220 a 228) mencionando que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário (art.168, inciso I, do CTN).

Nas contra-razões (fls.268 a 283), fundamentou o contribuinte que em se tratando de tributo cujo recolhimento é efetuado antes do exame, pela autoridade administrativa, dos elementos fáticos que ensejaram o pagamento, o crédito tributário somente se considera extinto com a homologação do lançamento.

Não havendo homologação expressa, tem-se de considerar que somente pelo decurso de cinco anos, contados do pagamento antecipado, ocorre a homologação tácita e, assim, dá-se a extinção do crédito correspondente. Só a partir de então, portanto, começa a correr o prazo de decadência, extintivo do direito a restituição do indébito.

Ademais, alega que a partir de edição da Medida Provisória n. 1.110/95, o Poder Executivo reconheceu não serem devidas quaisquer quantias a título de FINSOCIAL

Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

calculadas com base nas majorações de alíquotas das Leis nºs. 7.689/88, 7.787/89 e 8.147/90 pelas empresas mistas, vendedoras de mercadorias, seguradoras e instituições financeiras.

É o relatório.



Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

VOTO

Conselheira SUSY GOMES HOFFMANN, Relatora

O Recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos para a sua admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

Cuida-se de processo administrativo fiscal, em que se impugna despacho decisório relativo ao Pedido de Restituição/Compensação, de fls. 01/103, posto que indeferiu o pedido do contribuinte em face do direito à restituição de indébitos decair em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado, conforme disposto nos artigos 165, I e 168, I do CTN.

O pedido de restituição foi formulado em 23/06/1999 perante a Delegacia da Receita Federal em Marília – SP.

O meu entendimento firma-se no sentido de que o prazo para o pedido de restituição deve ser computado em 5 anos a contar da publicação da Medida Provisória 1.110 ocorrida em 31 de agosto de 1995, vencendo-se o prazo em 31 de agosto de 2000.

Sobre este tema adoto, como razões de decidir as razões bem colocadas na declaração de voto vencido do Conselheiro e Presidente do Terceiro Conselho de Contribuintes, Dr. Otacílio Dantas Cartaxo, no Processo 13899.000702/2002-48, nos termos a seguir transcritos:

“A matéria versa sobre o reconhecimento de direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº. 150.764-1, em 02/04/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

Inicialmente é mister registrar a inexistência de Aviso de Recebimento – AR nos autos, bem como da data de ciência da decisão de primeira instância pela ora recorrente. Havendo o presente processo sido diligenciado à repartição de origem, por iniciativa da DRF/Osasco em 06/12/04, para informar a data em que o contribuinte foi cientificado do Acórdão DRJ/CPS nº. 3.703 (fls. 80/88), posteriormente foram os respectivos autos encaminhados a esta Corte com a informação de fl. 126, informando da impossibilidade do atendimento da demanda outrora formulada.

Entende este Julgador, em caráter excepcional, a partir do infortuito ocorrido, por motivos devidamente justificados pela repartição preparadora, que se pode aplicar ao caso sob exame, os dispositivos contidos no art. 27 da Lei 9.784/99, que assim nos ministra:

Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

*"Art. 27 – O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.
Parágrafo Único – No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado."*

Isto posto, passa-se a apreciação dos autos.

De antemão, assinale-se que a tese esposada pela decisão de primeira instância, apesar de reconhecer o direito creditório, nos termos do art. 165-I do CTN, defende que o direito de o contribuinte pleitear a restituição extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contado da data do pagamento antecipado, de acordo com o disposto no art. 168-I do mesmo *mandamus*, nele não influenciando a condição resolutória (a homologação). Observou-se, também, que a autoridade fiscal manteve-se inerte por um lapso temporal de cinco anos, não se pronunciando quanto à restituição do indébito (art. 165-I, CTN).

Logo, depreende-se que o cerne da querela restringe-se a contagem do prazo prescricional de cinco anos distinguindo-se quanto ao acerto do seu marco inicial, ou seja, da data para o contribuinte exigir o ressarcimento do indébito tributário, sob a égide dos arts. 165-I e 168-I do CTN, não havendo o que se falar em decadência, por conseguinte em homologação.

A posição emanada pela SRF em relação à repetição de indébito nos termos do art. 165-I do CTN é ambígua uma vez que inicialmente adotou o entendimento contido no Parecer COSIT nº. 58/98, de 27/10/98, o reconhecimento expresso naquele Parecer que referenda como *dies a quo* para o contribuinte requerer a restituição dos valores pagos a maior que o devido, em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, pela via incidental, é a data da publicação da MP nº. 1.110/95, DOU de 31/08/95, sendo essa orientação seguida pelos seus órgãos até a edição do AD/SRF nº. 96/99, de 30/11/99, ocasião em que passa o novo entendimento a se contrapor àquele esposado anteriormente.

Como visto, a SRF, em momentos distintos, adotou entendimentos diversos sobre a mesma matéria, desde a edição da MP nº. 1.110/95. Com isso muitos contribuintes obtiveram êxito em seus pleitos no que concerne ao reconhecimento do direito creditório do Finsocial pelo simples fato de aviarem seus pedidos de restituição/compensação até a data de 30/11/99, enquanto outros tantos foram prejudicados por protocolarem seus pedidos após aquela data.

Resta claro que a conduta adotada pelo Fisco atenta não apenas contra a isonomia tributária, mas contra os princípios da segurança jurídica e do interesse público. Logo, depreende-se não ser esse o parâmetro adequado para a aferição do prazo ora questionado.

Ao contrário do que expôs o juízo *a quo*, é importante registrar que para que se cogite de um pleito da envergadura do ora analisado, faz-se necessário que o direito do contribuinte possa ser exercitável em sua plenitude. Nesse sentido, até que fosse julgada a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL pelo STF, os recolhimentos efetuados mês-a-mês pelo contribuinte, gozavam da presunção de legalidade. Logo, não haveria como se questionar a existência de indébito tributário, não haveria como se falar em prescrição, nem mesmo em marco inicial para contagem de prazo para restituição de valores, uma vez que o seu direito de ação ainda não podia ser exercido. Não havia, ainda, a liquidez e a certeza do direito ao crédito do sujeito passivo, pressuposto este autorizativo para a realização da compensação de seus créditos com débitos próprios junto à Fazenda Nacional (art. 170, CTN).



Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

Apenas após a publicação do trânsito em julgado da decisão judicial no DJ, ou seja, a partir dessa data é que se pode falar em contagem de prazo de cinco anos em relação à prescrição. Análise essa pela qual a decisão de primeira instância passou ao largo.

Mediante esse raciocínio, em não se pronunciando a autoridade fiscal, materializou-se o direito subjetivo de ação de o contribuinte (arts. 174 e 168-I do CTN), para promover a ação de cobrança do crédito, ou seja, para se ressarcir do indébito tributário.

Quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional matéria essa questionada pela ora recorrente, traz-se à baila o Ac. CSRF/01-03.239 que sabiamente estabelece que em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo STF em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo; e c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

A MP nº. 1.110/95, art. 17 – III, DOU., de 31/08/95 – p. 013397, por sua vez, foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, passando a ser utilizado como referencial para o marco inicial da contagem do prazo decadencial.

Somente com o advento dessa MP é que os contribuintes, de boa-fé e com a observância do dever legal, puderam demandar sobre o ressarcimento dos pagamentos indevidos, com base nas alíquotas majoradas, acima de 0,5%, nas épocas indicadas, da referida Contribuição para o FINSOCIAL, estabelecendo-se, certamente, com isso, o marco inicial.

O reconhecimento desse indébito restou consolidado através das reiteradas reedições e posteriores edições da retromencionada MP sob os nºs 1.142/95, 1.175/95, 1.209/95, 1.244/95, 1.281/96, 1.320/96, ..., 1.490/96 e 1.621-36/98, sendo convertida na Lei nº. 10.522/02, a qual trata da matéria através do art. 18-III.

Posteriormente a essa MP a Secretaria da Receita Federal através da IN/SRF nº. 32, de 09/04/97, em seu artigo 2º convalidou a compensação efetivada pelo contribuinte de seus créditos de Finsocial com os débitos reconhecidos e não recolhidos da Cofins, com fundamento no art. 9º da Lei nº. 7.689/88, na alíquota superior a 0,5%. Significa dizer que a Administração Tributária por meio de ato administrativo também reconheceu o caráter indevido do já mencionado recolhimento.

Com esse entendimento também se coaduna a manifestação do jurista e tributarista Ives Gandra Martins, adiante:

“Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge do âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º, da CF.”

(Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178).

Processo nº. : 13826.000312/99-10
Acórdão : CSRF/03-05.423

Finalmente, considerando que o pedido de restituição de Finsocial formulado junto a DRF/Niterói é de 03/04/02 (fl. 01).

Considerando que o término da contagem do prazo sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00.

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade para, no mérito, negar-lhe provimento, em razão de haver expirado o prazo concernente ao direito de a recorrente postular pela repetição do indébito tributário.”

Desta forma, se o pedido do contribuinte foi formulado em 23/06/1999, entendo que não ocorreu a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação dos valores pagos a título de finsocial. -

Assim, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL e determino o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal de Origem para enfrentamento do mérito.

É como voto.

Sala das Sessões – DF, 12 de novembro de 2007


SUSY GOMES HOFFMANN