



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA**

Processo nº 13851.001090/99-81
Recurso nº 301-132.116 Especial do Procurador
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº 03-06.115
Sessão de 09 de setembro de 2008
Recorrente UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
Interessado MARA LÚCIA DE ARRUDA PRADO

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/05/1990

Período de pagamento: 03/11/1989 a 06/06/1990

Pedido de restituição: 21/10/1999

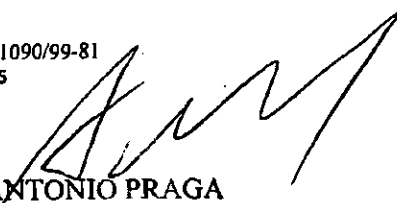
FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - O direito de se pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de 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.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos NEGAR provimento ao recurso da Fazenda Nacional, determinando o retorno dos autos à DRF de origem para apreciação do mérito. As conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Judith do Amaral Marcondes Armando, que adotam contagem do prazo de 10 anos para o pleito da restituição, tese dos 5 + 5, e a conselheira Anelise Daudt Prieto acompanha a Conselheira Relatora pelas suas conclusões.

249


ANTONIO PRAGA
Presidente
SUSY GOMES HOFFMANN
Relatora

FORMALIZADO EM: 20 JUL 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Susy Gomes Hoffmann, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Anelise Daudt Prieto, Nanci Gama e Antonio Carlos Guidoni Filho (Substituto convocado).

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial interposto pela União Federal em face da decisão da 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes que decidiu pela não ocorrência da decadência do direito de pleitear a restituição do Finsocial.

O presente processo trata de pedido de restituição/compensação, relativo a valores pagos a maior a título de Contribuição para o Finsocial.

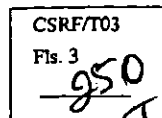
Tal pedido foi protocolizado em 21 de outubro de 1999 e refere-se ao período de apuração de 01 de outubro de 1989 a 31 de maio de 1990, de créditos decorrentes de pagamentos efetuados no período de 03 de novembro de 1989 a 06 de junho de 1990.

Em despacho decisório emitido às fls. 80/81, a autoridade fiscal indeferiu o pedido sob a fundamentação de que, teria decaído o direito de pleitear a restituição/compensação requerida. Segundo o Auditor Fiscal, nos termos do Ato Declaratório nº 096/99, a decadência do direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente ou a maior se opera num prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Tendo tomado ciência da decisão, o contribuinte protocolizou Manifestação de Inconformidade às fls. 88/98, alegando em síntese que:

- a) o prazo para se reaver imposto pago a maior é de prescrição e não de decadência;
- b) o requerimento do contribuinte foi de compensação e não de restituição, que o formulário deste último teria sido entregue em razão da exigência formal da Receita Federal, no sentido de que o mesmo deve ser precedido ao pedido de compensação;





- c) o STF declarou inconstitucional a majoração da alíquota do Finsocial, por meio do julgamento do RE 150764/1/PE e tal decisão abriu a perspectiva para que a empresa pleiteasse a compensação dos valores pagos a título da contribuição;
- d) com o surgimento da IN SRF 21/97 e 31 ficou convalidada a compensação na Cofins, dos valores pagos a título de contribuição ao Finsocial, admitindo, inclusive, que o contribuinte que ainda não tivesse procedido à compensação poderia fazê-la, mesmo que não amparado por decisão judicial;
- e) declarada a inconstitucionalidade, o contribuinte tem o direito de compensar os valores excedentes na própria contribuição do Finsocial, ou na Cofins, por serem da mesma espécie, e que o pedido de compensação é ato do contribuinte e independe da prévia manifestação do Fisco, pelo fato de tratar-se de lançamento por homologação;
- f) o direito à compensação é constitucional, e decorre da garantia dos direitos de crédito, combinada com o princípio da isonomia;
- g) a decadência e a prescrição são institutos distintos, enquanto a primeira refere-se aos direitos potestativos, a segunda diz respeito a uma prestação;
- h) conclui que o direito material não se extinguiu com o tempo, requerendo o deferimento do pedido de compensação.

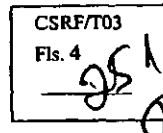
Em acórdão proferido às fls. 101/108, a DRJ de Ribeirão Preto/SP manteve a decisão de fls. 88/98, sob o fundamento de que "a decadência do direito de pleitear a restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal."

Irresignado o contribuinte protocolizou Recurso Voluntário às fls. 111/140, reiterando praticamente todos os argumentos aduzidos na Manifestação de Inconformidade, acrescentando que o prazo prescricional para reaver valores pagos indevidamente ou a maior pelo contribuinte no caso de tributos com lançamento sujeitos a homologação é de 10 anos, sendo 05 para homologação do lançamento e mais 05 para restituição/compensação; e que o crédito se extingue no momento da homologação tácita ou expressa.

O Terceiro Conselho de Contribuintes, em acórdão proferido às fls. 177/187, deu provimento por unanimidade de votos ao recurso do contribuinte para reformar a decisão da autoridade administrativa que indeferiu o pedido de restituição da Contribuição para o FINSOCIAL.

Os Ilustres Conselheiros Primeira Câmara entenderam que "o prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos, contado de 12/6/98, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621/36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação."

Diante desta decisão a União Federal por meio de seu Procurador, interpôs o presente Recurso Especial por divergência pleiteando a reforma do v. Acórdão, para que se



reconheça a decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição da contribuição para o Finsocial paga a maior ou indevidamente, com fundamento no Ato Declaratório nº 96/1999, restaurando-se o inteiro teor da decisão de 1ª Instância.

Despacho de admissibilidade à fl. 225/227.

Intimado da interposição do Recurso Especial, o Contribuinte apresentou Contra-razões às fls. 234/245.

Em síntese, é o relatório.

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.

Trata-se de pedido de restituição/compensação, relativo a valores pagos a maior a título de Contribuição para o Finsocial, referente ao período de apuração de 01 de outubro de 1.989 a 31 de maio de 1.990, de créditos decorrentes de pagamentos efetuados no período de 03 de novembro de 1.989 a 06 de junho de 1.990

O pedido de restituição foi formulado em 21 de outubro de 1999 perante Delegacia da Receita Federal.

O meu entendimento firma-se no sentido de que o prazo para o pedido de restituição deve ser computado em 05 (cinco) anos a contar da publicação da Medida Provisória nº 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:

“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* pra 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).

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:

[Assinatura]

"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).

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

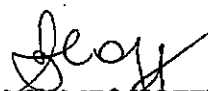
Considerando que o término da contagem do prazo sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00.

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, como o pedido do contribuinte foi formulado em 21/10/1999, entendo que não ocorreu a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação dos valores pagos a título de Finsocial.

Isto posto, voto para **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Especial interposto pela UNIÃO FEDERAL, a fim de manter a decisão proferida pela 1ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, para afastar a decadência, determinando o retorno do processo à DRF para exame das demais questões de mérito.

Brasília, 09 de setembro de 2008.


SUSY GOMES HOFFMANN