



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 13884.004430/99-76
Recurso nº : 302-125.930
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 2º CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : GILBERTO FREIRE DA SILVA E CIA LTDA
Sessão de : 22 de maio de 2006.
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. - O direito de 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. Ante à inexistência de ato específico do Senado Federal, o Parecer COSIT nº 58, de 2710/98, firmou entendimento de que o termo *a quo* para o pedido de restituição começa a contar a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, em 31/08/95, primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%, expirando em 31/08/00. O pedido de restituição da contribuinte foi formulado em 18/09/98.

Recurso especial negado.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Judith do Amaral Marcondes Armando que deu provimento ao recurso.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO.
RELATOR

FORMALIZADO EM: 08 SET 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, LUÍS ANTONIO FLORA, ANELISE DAUDT PRIETO, NILTON LUÍZ BARTOLI E MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

Recurso nº : 302-125.930
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : GILBERTO FREIRE DA SILVA E CIA LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição no valor de R\$ 5.170,89, em 10/09/99 (fl. 01) e de compensações de tributos (fls. 03, e 31 a 34, datados de 08/09/99, 08/10/99, 08/11/99, 09/12/99 e de 12/01/00, respectivamente), dos referidos valores com débitos de ME-EPP-SIMPLES, a partir de créditos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade pelo STF da majoração da alíquota de Finsocial (RE 150.764/PE, DJU de 02/04/93, trânsito em julgado em 04/05/93) formulado pela contribuinte junto a DRF/S. José dos Campos-SP, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de jan/91 a mar/92, conforme planilha (fl. 18) e DARFs (fls. 02/13), juntando sua justificação e outros documentos (fls. 14/16 e 19/27).

O acórdão DRJ/CPS nº 000654, de 14/05/01 (fls. 53/56), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

"RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

Consoante as novéis Carta Política e Lei da Seguridade Social, o direito de a contribuinte pleitear a restituição do Fundo de Investimento Social – Finsocial – extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados, no caso de pagamento indevido ou maior que o devido, da data da extinção do crédito.

Solicitação Indeferida."

A impugnação restringiu-se a invocar a aplicação do prazo de dez anos para pedir a restituição, de acordo com o art. 122 do Dec. nº 92.698/86, que regulou o Finsocial.

O voto condutor adotou o entendimento de que o referido decreto não foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico (CF/88), por não estar fundado na lei geral sobre tributação e nem mesmo em lei especial derogatória, conclusão esta que já foi externada pela própria COSIT por meio do seu Parecer nº 58/98, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 437/98, com fulcro no art. 168, CTN.

Noutro enfoque, o art. 88 da Lei nº 8212/91, no seu art. 88 estabelece *"que os prazos de prescrição de que goza a União aplicam-se à Seguridade Social, ressalvado o disposto no art. 46"*.

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

Nos ministra Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, *verbis*:

"ficamos com a posição dos que, como Hely Lopes Meirelles (1996:589), entendem que, no silêncio da lei, a prescrição administrativa ocorre em cinco anos, nos termos do Decreto nº 20.910/32..."

O Acórdão nº 302-36.040 (fls. 74/79) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 14/04/04, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

"FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO/DECADÊNCIA/MUDANÇA DE INTERPRETAÇÃO.

Reforma-se a decisão de primeira instância que aplica retroativamente nova interpretação (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei nº 9.784/99).

RECURSO PROVIDO, AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA E DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS À DRJ, PARA PRONUNCIAMENTO SOBRE AS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO."

O voto condutor inicialmente fundamenta a sua tese sobre o prazo decadencial referente ao direito de se pleitear a restituição/compensação de Finsocial com fulcro no art. 186-I do CTN, o que levaria à extinção do direito aos pleitos formulados pela recorrente.

Entretanto, a partir do entendimento resultante do Parecer COSIT nº 58/98, segundo o qual o termo inicial para contagem da decadência, no caso da majoração da alíquota do Finsocial, seria a data da publicação da MP nº 1.110/95, entendimento este que esteve vigente até a edição do ATN SRF nº 96/99, de 26/11/99 e, assim, não tendo como deixar de aplicá-lo, conclui que no caso em tela houve a aplicação retroativa de nova interpretação, o que não pode ser admitido, por força do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que se aplica, subsidiariamente, no processo administrativo fiscal.

"XIII – interpretação da norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação." (Grifado).

Cientificada do acórdão retromencionado em 09/09/04 (fl. 80), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 81/90), aviando o seu recurso especial de divergência em 17/09/04, com fulcro no art. 5º-I do RICS RF.

Aduz o d. Procurador:

- O acórdão recorrido contrariou a lei tributária, notadamente o artigo 168-I do CTN, eis que somente a lei estabelece o *dies a quo* e o *dies ad quem* do prazo, nesse caso, sendo o *dies a quo* a data de extinção do crédito tributário, independentemente da posterior ciência do contribuinte através de quaisquer atos normativos.

¹ In, Direito Administrativo, p. 597,

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

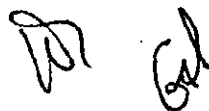
- O art. 168-I do CTN independe da data da decisão de inconstitucionalidade, que deve respeitar tal qual toda e qualquer lei, as situações definitivamente constituídas.
- Passados os cinco anos da data do pagamento o contribuinte perde o direito à repetição e a decisão de inconstitucionalidade, qualquer que seja ela, não pode mais atingir essa situação que, bem ou mal, justa ou injustamente, já definitivamente se consolidou.
- Para a intercorrência da prescrição, o Código não exige o prévio conhecimento que o contribuinte pagou indevidamente.
- Requer a restauração de decisão monocrática.

Admitido o REsp da PFN em 17/11/04, conforme despacho exarado pelo Presidente da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 94).

O contribuinte tomando ciência do Acórdão nº 302-36.040 (fls. 74/79) e do REsp da PFN, comparece nos autos (fls. 98) para repelir os argumentos oferecidos pela Fazenda Nacional, consubstanciado nos argumentos expendidos na exordial, com fulcro nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, que trata da tese de constituição de créditos pela Seguridade Social em dez anos, para requerer o deferimento da compensação.

Apensado nestes os autos do processo nº 13884.003039/2001-11, que trata de representação para lançamento relacionado à exigência de crédito tributário em razão de tributo indevidamente compensado.

É o relatório.

Two handwritten signatures in black ink, one appearing to be 'DR' and the other 'Gul'.

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04:834

VOTO

Conselheiro OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, Relator

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, DJU de 02/03/93, bem como quanto ao marco inicial para a contagem do prazo prescricional para o ressarcimento do indébito.

A tese esposada pela decisão de primeira instância adotou o entendimento de que o Dec. nº 92.698/86 não foi recepcionado pelo novo ordenamento jurídico (CF/88), por não estar fundado na lei geral sobre tributação e nem mesmo em lei especial derogatória, conclusão esta que já foi externada pela própria COSIT por meio do seu Parecer nº 58/98, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT nº 437/98, com fulcro no art. 168, CTN, cujo direito do contribuinte pleitear a repetição do indébito extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado do pagamento indevido, da data de extinção do débito.

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.

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

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.

Processo nº : 13884.004430/99-76
Acórdão nº : CSRF/03-04.834

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)

Insubsistente, portanto, os argumentos do d. Procurador com relação à lide.

Finalmente, tem-se que o pedido de compensação de Finsocial formulado junto a DRF/ S. José dos Campos-SP é de 18/09/98 (fl. 01) e que o término da contagem do prazo prescricional, sob a égide do raciocínio aqui desenvolvido dá-se em 31/08/00.

Ante o exposto, uma vez que já admitido o Recurso da Fazenda Nacional, não havendo preliminar a ser apreciada, no mérito, nego-lhe provimento. É assim que voto.

Sala de Sessões - DF, em 22 de maio de 2006.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

