



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº : 13891.000092/00-83
Recurso nº : 131.864
Acórdão nº : 301-32.543
Sessão de : 23 de fevereiro de 2006
Recorrente : EDINO SANTORO & IRMÃOS LTDA.
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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, 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%.

RECURSO PROVIDO, COM RETORNO À DRJ.

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, com retorno à DRJ, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Formalizado em: **22MAR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho.

Processo n° : 13891.000092/00-83
Acórdão n° : 301-32.543

RELATÓRIO

Trata-se de pedido protocolado junto a ARF/Porto Ferreira-SP, em 12/05/2000 (fl. 01), para restituição de indébito tributário oriundo da declaração de inconstitucionalidade pelo STF (RE 150.764-1/PE, DJU de 20/04/93) relativo à majoração que excedeu de 0,5% da alíquota de Finsocial, referente ao período de setembro/90 a junho/91, conforme planilha (fls. 05/06) e DARFs (fls. 07/14), com fulcro na Medida Provisória n.º 1.110/95 (convertida na Lei 10.522/2002), Decreto 2.346/97 e IN/SRF n.º 21/97 e demais pertinentes.

O despacho decisório de folhas 33/34 indeferiu o pedido com fulcro nos Arts. 165, I e 168, I, da Lei n.º 5.172/66 (CTN), sob a arttuição de decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição.

Manifestando a sua inconformidade com o indeferimento do seu pleito (fls. 35/41), alega a improcedência do feito efetivada com base nos arts. 165-I e 168-I do CTN no despacho decisório de folhas 33/34, arguindo sucintamente que inexistiu decadência em razão da contagem desse prazo ser de dez anos contado da data de ocorrência do fato gerador do indébito, mencionando o REsp. 44.221-4/PR, DJU de 23/05/94, pág. 12595, além de vasta jurisprudência judicial. Defende que para os tributos sujeitos à homologação o pagamento antecipado está vinculado a ulterior homologação tácita ou expressa (art. 150, § 1º, CTN) e, somente após a homologação é que se consuma a extinção do crédito (art. 156-VII, CTN). Não havendo o Fisco nesse interregno impugnado o cálculo do *quantum debeatur* de seu pagamento antecipado e, conseqüentemente, sem que lance de ofício valor diferente, dá-se a homologação tácita (art. 150, § 4º, CTN) e, portanto, só então há a extinção do crédito, contando-se daí os cinco anos previstos no art. 168-I, do CTN, totalizando destarte dez anos.

A Decisão DRJ/RPO n.º 6.401, de 15/10/2004 (fls. 44/50), prolatou o acórdão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa assim transcrita:

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO

O prazo de repetição de indébitos tributários é de cinco anos contados da data do recolhimento.

JULGAMENTO. VINCULAÇÃO.

A autoridade julgadora de primeira instância está vinculada ao entendimento da SRF, expresso em atos tributários, e aos Pareceres da PGFN aprovados pelo Ministro da Fazenda.

INDÉBITO. COMPROVAÇÃO.

A comprovação dos créditos pleiteados incumbe ao contribuinte, por meio de prova documental apresentada na impugnação.

Processo nº : 13891.000092/00-83
Acórdão nº : 301-32.543

Solicitação indeferida.

O voto condutor analisa o pleito sob a égide dos arts. 156-I, 165-I e 168-I do CTN (AD/SRF nº 96/99), para afirmar que o termo inicial para a contagem do prazo decadencial para repetição do indébito é a data da extinção do crédito tributário pelo pagamento, acrescentando que a condição resolutória de ulterior homologação não tem o condão de transferir para a data de sua ocorrência a extinção do crédito tributário. A respeito, cita Estevão Horvath e Aliomar Baleeiro (fl. 47).

Enfoca, também, o Parecer PGFN/CAT n.º 1.538/99 e o Despacho MF de 02/01/2003, aprovando o Parecer PGFN/CRJ n.º 3.401/02, os quais dão guarida ao entendimento de ser de cinco anos o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo pagão indevidamente, contado da data da extinção do crédito tributário.

Em sequência, não considera prova suficiente da existência da repetição de indébitos a mera apresentação de Darfs de recolhimento e de planilhas elaboradas pelo próprio contribuinte. Para tal comprovação, deveria ter sido apresentada a documentação fiscal correspondente (cópia de livros de registros de saída, por exemplo). Não tendo sido pois, comprovado o indébito alegado, o direito da contribuinte teria precluído.

Quanto à existência de jurisprudência a favor da contribuinte, em casos análogos ao da petição, cinge-se subsidiariamente do disposto no artigo 472 do CPC, o qual estabelece que a *“sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros....”*. Assim, não procede a interessada avocar a si os efeitos de decisões prolatadas quando tais efeitos são *“inter partes”*.

Notificada da decisão de primeira instância mediante aposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 21/12/04 (fl. 53), a postulante avia o seu recurso voluntário em 27/12/2004 (fls. 54/62), portanto, tempestivamente, reiterando os termos contidos na exordial, mencionando diversos julgados e que na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data do trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida *incidenter tantum* pelo STF, mencionando ainda que nessa linha de raciocínio, entende que o indébito oriundo de Finsocial conta-se do a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária exigida, no caso a MP 1.110/95, citando jurisprudência administrativa em favor de sua tese, para finalmente requerer a reforma das decisões prolatadas, o reconhecimento do crédito.

Com relação à alegação, no voto condutor do Acórdão de 1.ª Instância, de que não houve a comprovação dos pagamentos à alíquotas superiores a 0,5% (itens 22 a 24), refuta tal assertiva indicando a folha cinco, onde se encontram claramente os faturamentos mês a mês da empresa, dizendo que a própria SRF

Processo nº : 13891.000092/00-83
Acórdão nº : 301-32.543

homologou tacitamente o lançamento, o que implica que reconheceu que o pagamento se dera em conformidade com a legislação vigente à época.

É o relatório.



Processo nº : 13891.000092/00-83
Acórdão nº : 301-32.543

VOTO

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

A matéria versa sobre o reconhecimento de direito creditório do 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.

De antemão, assinala-se que a tese esposada pela decisão de primeira instância, nem sequer admite o direito à restituição, ao afirmar não ser admissível a interessada avocar a si os efeitos de decisões prolatadas quando tais efeitos são "*inter partes*", não importando a existência de jurisprudência favorável ao direito; a propósito, cita o Art. 472 do CPC.

Ao contrário do que expôs o juízo *a quo*, é importante registrar que para que se cogite 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 em relação à prescrição.

Mediante esse raciocínio materializou-se o direito subjetivo de ação de o contribuinte (art. 174 do CTN), dispor do lapso temporal de cinco anos 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 decadencial 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

Processo nº : 13891.000092/00-83
Acórdão nº : 301-32.543

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, 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 de 5 anos (que, no caso em lide, não atinge o pedido, haja vista o processo ter sido protocolizado em 14/07/2000).

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.

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade para, no mérito, dar-lhe provimento para seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne ao marco inicial da contagem do prazo prescricional, devendo os autos ser remetidos à origem para o exame do pedido.

Sala das Sessões, em 23 de fevereiro de 2006



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Relator