



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo nº : 13523.000128/97-02
Recurso nº : 302-126651
Matéria : FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : XIQUE BOM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA
Recorrida : 2ª CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Sessão de : 14 de maio de 2007.
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

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 10/10/97.

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 especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Judith do Amaral Marcondes que deu provimento ao recurso.

MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO.
RELATOR

FORMALIZADO EM: 29 AGO 2007

• Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SUSY GOMES HOFFMANN, ROSA MARIA DE JESUS DA SILVA COSTA DE CASTRO, ANELISE DAUDT PRIETO, MARCIEL EDER COSTA e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR:

Two handwritten signatures in black ink. The signature on the left is a stylized, cursive 'M'. The signature on the right is a more complex, cursive signature, possibly 'Mário'.

Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

Recurso nº : 302-126651
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : XIQUE BOM COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição/compensação no valor de R\$ 6.256,77, formulado em 10/10/97 (fls. 01/02), 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 ARF/Irecê-BA, conforme carimbo da repartição preparadora, referente a recolhimentos indevidos relacionados ao período de set/89 a mar/92, conforme planilha (fl. 03), DARFs (fls. 04/14) e registros de apuração de ICMS (fls. 15/75).

Do Despacho Decisório nº 197/98, de fl. 103, consubstanciado no Parecer SASIT (fls. 98/101), que reconheceu em favor do contribuinte o crédito tributário de Finsocial a restituir, excetuando-se os meses de novembro/89 e janeiro/90, posto que não incluídos no demonstrativo apresentado, de acordo com as normas de execução COSAR nºs 06 e 08/97, acrescidos de juros Selic, nos termos da IN/SRF nº 22/96, perfazendo o crédito o valor de R\$ 7.782,61.

Novos pedidos de compensação foram formulados (fls. 113 e 117, respectivamente), entretanto, a partir do Memº MF/SRF/COSIT nº 241/99 (fl. 118), que se posicionou de forma diversa sobre o Parecer COSIT nº 58/98 e do Parecer SASIT da 5ª SRRF/FEIRA DE SANTANA (fls. 123/125), novo despacho decisório nº 978/00 foi exarado, declarando haver ocorrido decadência do direito ao pleito formulado pelo contribuinte, com fulcro no AD SRF nº 96/99.

Impugnando o feito o contribuinte repele as alegações contidas no despacho decisório hostilizado e expõe as suas razões de fato e de direito, com fulcro nos arts. 150, § 4º, 156-VII e 168, todos do CTN, para argüir a inexistência de decadência e pleitear o provimento ao pedido formulado.

O acórdão DRJ/SDR nº 792/01 (fls. 154/157), prolatou a decisão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

"FINSOCIAL. EXTINÇÃO DO DIREITO DE REQUERER A RESTITUIÇÃO.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição extingue-se no prazo de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito tributário, inclusive com relação aos pagamentos efetuados com base em dispositivo posteriormente declarado inconstitucional.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA."

Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

O voto condutor reiterou o entendimento esposado no Despacho Decisório de fls. 92/93, complementando-o com os fundamentos contidos nos arts. 150, § 1º, 156-I e 168-I, todos do CTN, de acordo com o AD SRF nº 96/99.

Insurgindo-se contra a decisão de primeira instância a interessada interpõe recurso voluntário reiterando os fatos expendidos na exordial de forma minudente, mencionando jurisprudência em seu favor, entretanto sem inovar o seu entendimento sobre a matéria.

O Acórdão nº 302-36.217 (fls. 190/197) prolatou a decisão proferida na Sessão de Julgamento pela Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, em 18/06/04, cujo entendimento encontra-se sintetizado na ementa adiante transcrita:

*"FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO/DECADÊNCIA. Reforma-se a decisão de primeira instância que aplica retroativamente nova interpretação (art. 2º da Lei nº 9.784/99).
RECURSO PROVIDO POR MAIORIA, AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA."*

A Conselheira Relatora do voto condutor entendeu que ocorreu a extinção do direito de a recorrente pleitear a restituição/compensação do Finsocial.

Entretanto, outros fatos ocorridos no âmbito da SRF a levaram a uma conclusão diferente sobre a matéria em questão, adotando excertos do voto proferido pela i. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, no recurso nº 125.778, acórdão nº 302-35.863, no sentido de que à época em que o pedido de restituição/compensação foi aviado pela contribuinte, a SRF exposava entendimento diverso, firmado pelo 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. Situação em que, forçosa é a conclusão de que, no caso em tela, houve a aplicação retroativa de nova interpretação, o que não pode ser admitido, por força do parágrafo único, XIII, do art. 2º, da Lei nº 9.487/99, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Assim, com base no exposto é dado provimento ao recurso interposto para reforma da decisão de primeira instância quanto à decadência, retornando os autos à DRJ para que esta se pronuncie sobre as demais questões de mérito.

Cientificada do acórdão retromencionado em 10/11/04 (fl. 198), contra o mesmo insurge-se a Fazenda Nacional (fls. 155/164), aviando o seu recurso em 11/11/04, com fulcro no art. 5º-I do RICSRF.

Aduz o d. Procurador:

- O cerne da questão que se discute é saber qual o termo inicial e o final para a contagem do prazo que o contribuinte possui para pleitear a restituição do FINSOCIAL, que veio a ser declarado inconstitucional pelo Excelso Pretório.



Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

- O acórdão recorrido considerou que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito é a data da publicação da MP nº 1.110/95, ato normativo que reconheceu o caráter indevido da cobrança do Finsocial.
- Defende a tese contida nos arts. 165-I e 168-I, ambos do CTN que reconhece o direito ao crédito tributário, entretanto, argüi que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção pelo pagamento (art. 156-I, CTN), ocorrendo o início da contagem do prazo decadencial de cinco anos no dia do pagamento espontâneo do tributo devido.
- Nessa perspectiva as decisões administrativas devem respeitar o disposto no AD SRF nº 96/99 como norma integrante da legislação tributária, que tem efeito vinculante, conforme os arts. 100-I e 103-I, do CTN, sob pena de responsabilidade funcional e, quanto ao questionamento suscitado eventualmente pelo contribuinte sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma, trata-se de competência exclusiva do Poder Judiciário, não cabendo discussão administrativa acerca dessas matérias.
- A data da publicação da MP nº 1.110/95, não se justifica a título de termo inicial da contagem do prazo prescricional a despeito do disposto no seu art. 18-III, posteriormente, convertida na Lei 10.522/02.
- A exegese deste dispositivo não conduz à conclusão de que estaria autorizada a restituição ou compensação do Finsocial pago a maior a partir de sua publicação.
- Não há na lei qualquer autorização para se considerar um outro termo inicial da contagem do prazo para restituição do indébito mais favorável para o contribuinte, em detrimento do erário público. Merecendo, assim, reprimenda o v. acórdão ora guerreado, para que seja restaurada a decisão de primeira instância.

Admitido o REsp da PFN em 06/12/04, conforme Despacho exarado pelo Presidente da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes (fl. 209).

O contribuinte (AR, fl. 214) tomando ciência do Acórdão nº 302-36.217 e do REsp da PFN, comparece nos autos (fls. 216/224) para repelir os argumentos oferecidos pela Fazenda Nacional, estribando-se nos arts. 174, 151 e 142, todos do CTN, e em jurisprudência do Judiciário, para requerer sejam defenestrados ao tугúrio do esquecimento as irresignações da União e pugnar pela preservação do acórdão recorrido.

É o relatório.



Processo n° : 13523.000128/97-02
Acórdão n° : CSRF/03-05.345

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 n° 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 contido no AD/SRF n° 96/99, consubstanciado nos arts. 165-I, 168 -I, 150-§ 1° e 156-I, todos do CTN, para argüir a decadência do direito de o contribuinte pleitear a restituição/compensação de indébito tributário oriundo da majoração da alíquota do Finsocial acima de 0,5%, majoração essa declarada inconstitucional pelo STF.

De acordo com esse entendimento, a referida decisão reconhece o direito do contribuinte ao crédito tributário (art. 165-I, CTN), entretanto, argüi que o mesmo se extingue após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua extinção (art. 168-I, CTN) pelo pagamento (art. 156-I, CTN).

A Fazenda Nacional defende os mesmos argumentos, postulando pela reforma do acórdão recorrido e pelo restabelecimento da decisão de primeira instância.

De antemão, é sabido que o Dec. n° 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 n° 58/98, consubstanciado no Parecer PGFN/CAT n° 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 ceme 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,



Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

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.

Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

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)

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

Quanto ao entendimento exarado na decisão ora hostilizada, não merece o mesmo reparo, em face da impossibilidade de retroação da aplicação da legislação tributária, de acordo com os termos do art. 100 do CTN, bem assim, do

Processo nº : 13523.000128/97-02
Acórdão nº : CSRF/03-05.345

parágrafo único, XIII, do art. 2º, da Lei nº 9.487/99, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal.

Ainda de acordo com esse raciocínio é aplicável ao caso o art. 106 do mesmo CTN.

Finalmente, tem-se que o pedido de restituição de Finsocial formulado junto a ARF/Jaú-SP é de **10/10/97** (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, em 14 de maio de 2007.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

