



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10070.000841/2002-17
SESSÃO DE : 11 de novembro de 2004
ACÓRDÃO Nº : 303-31.731
RECURSO Nº : 128.280
RECORRENTE : BILLITON METAIS S/A.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

**FINSOCIAL- RESTITUIÇÃO-COMPENSAÇÃO.
PRAZO PRESCRICIONAL ESGOTADO.**

Mesmo para os tributos sujeitos a homologação, conforme art. 150, § 4º, do CTN, o prazo é de cinco anos para prescrição do direito de restituição de pagamento antecipado. Tal direito só se revelou a partir do entendimento firmado pelo STF acerca da inconstitucionalidade da lei de regência do tributo. Na hipótese de substituição da presunção de legalidade da norma regente pela certeza de inconstitucionalidade definida pela Corte Suprema há uma mudança de critério jurídico que faz surgir direito subjetivo novo para o contribuinte, cioso, obediente à lei, que deve merecer a contrapartida da tutela jurisdicional, por sua boa-fé, e para reforço da segurança jurídica. Nesta hipótese, o termo inicial para o prazo prescricional ao direito de repetição do indébito, por terceiro interessado, é a data de publicação oficial do primeiro julgado, que no caso do FINSOCIAL ocorreu com a decisão proferida no RE 150.764-1/PE, publicada via D.J. em 02/04/1993. Entretanto o pedido de restituição e homologação de compensação, no caso concreto, somente foi protocolado perante a DRF em 09/04/2002, quando já havia se esgotado o prazo prescricional.

RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.


ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 11 de novembro de 2004

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.280
ACÓRDÃO Nº : 303-31.731


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SÉRGIO DE CASTRO NEVES, NILTON LUIZ BARTOLI, NANCI GAMA, SILVIO MARCOS BARCELOS FIÚZA, CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS (Suplente) e MARCIEL EDER COSTA. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional MARIA CECILIA BARBOSA.

RECURSO N° : 128.280
ACÓRDÃO N° : 303-31.731
RECORRENTE : BILLITON METAIS S/A.
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

RELATÓRIO

O processo trata de pedido de restituição/compensação do FINSOCIAL, protocolado em 09/04/2002 perante a SRF, conforme documento de fl. 01. Os pagamentos a maior foram realizados no período de janeiro/89 a fevereiro/91.

O pedido foi indeferido pela Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária - DERAT/Rio de Janeiro - mediante o Despacho decisório de fls. 27, com base nos arts. 165, I e 168, I da Lei 5.172/66 (CTN), no AD SRF 96/1999, por considerar que na data de protocolização do pedido de restituição já havia transcorrido o período decadencial de cinco anos contados a partir da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

Ciente daquela decisão a partir do dia 15/10/2002, a contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade perante a DRJ/RJ em 30/10/2002, nos termos constantes às fls. 30/38, alegando, em síntese que:

a) A IN SRF 31/97, de 10/04/97 reconheceu a inconstitucionalidade das majorações de alíquota e vedou a constituição de créditos tributários de FINSOCIAL com alíquota superior a 0,5%;

b) O prazo decadencial iniciou-se a partir desse ato administrativo. O art. 964, CC determina que aquele que recebe o que não era devido, fica obrigado a restituir para não haver enriquecimento sem causa. O CTN apresenta lacuna quanto a restituição neste caso, cabendo à doutrina e à jurisprudência suprir a lacuna ;

c) O Estado de Direito garante a segurança jurídica, assim o contribuinte deve ter a garantia de que apenas deverá pagar os tributos exigidos legalmente. Não se pode deixar de pagar tributo instituído por lei validamente editada, presumida como constitucional. Contar prazo decadencial quanto ao direito de restituição de indébito a partir do pagamento efetuado, neste caso é pretender que o contribuinte desconfie sempre da regularidade das leis. O prazo referido deve ser contado a partir da declaração de inconstitucionalidade da Lei;

d) O Parecer COSIT 58/98 adota esse posicionamento. O interessado não pretende ignorar que deva existir um prazo para o pedido de restituição, posto que até a ação judicial tem prazo prescricional, mas esse direito só

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 128.280
ACÓRDÃO N° : 303-31.731

pode ser exercido a partir do reconhecimento de que seja indevida a exação. No caso deve ser contado a partir do Ato Administrativo supracitado, que reconheceu como indevidas as majorações;

Pede que seja reconhecido que não se deu a decadência do seu direito de pleitear a restituição do indébito.

A 5ª Turma de Julgamento da DRJ decidiu, por unanimidade, não acolher a reclamação contra a decisão da DERAT/RJ mantendo o indeferimento do pedido de restituição/compensação em face da decadência.

A decisão se fundamentou principalmente em que:

1. Para estabilidade da segurança jurídica, são necessários os prazos de decadência e de prescrição. Findo o primeiro quem recebeu indevidamente não está mais obrigado a restituir, bem como findo o segundo não pode aquele que pagou, embora possa o direito ainda existir, compelir judicialmente àquele que recebeu;

2. O entendimento da SRF é de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de indébito, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, em Ação Declaratória ou em RE, extingue-se no prazo descrito nos arts. 165, I e 168, I, do CTN;

3. Inicialmente a SRF havia manifestado seu entendimento através do Parecer COSIT 58/98, porém posteriormente a PGFN emitiu o Parecer 1.538/99, entendendo de forma diferente. Esta posição foi acatada pelo Ministro da Fazenda. A SRF, então, acolheu o novo entendimento mais consentâneo com o CTN, e editou o AD SRF 96/99.

4. As decisões administrativas devem respeitar o AD SRF 96/99 como norma integrante da legislação tributária. Este ato normativo tem caráter vinculante para a administração tributária sob pena de responsabilidade funcional;

5. O FINSOCIAL é contribuição sujeita a lançamento por homologação, cujo recolhimento deve ser antecipado pelo contribuinte, sem prévio conhecimento da autoridade administrativa. O art. 150, § 1º do CTN define a data de extinção do crédito nessa modalidade de lançamento. No caso o pagamento antecipado extinguiu o crédito tributário, e é a partir desta data que se conta o prazo para extinção do direito de pleitear a restituição de indébito. Este é o entendimento firmado pelo AD SRF 96/99.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 128.280
ACÓRDÃO N° : 303-31.731

Irresignada a interessada apresentou tempestivamente recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes nos termos dispostos às fls. 52/64.

As razões de recurso reproduzem os mesmos argumentos antes levantados reforçando alguns aspectos que podem ser assim resumidos:

I. O pagamento indevido, conforme a doutrina civilista, é uma das formas de enriquecimento ilícito. O CTN lista hipóteses de restituição distintas da do caso concreto. A administração pública tem o dever de arrecadar o tributo instituído por lei e o poder para fazê-lo, contudo, em sendo tal lei declarada inconstitucional, fica reconhecido que a exação era indevida, o que obriga a restituição sob pena de enriquecimento ilícito;

II. É corolário do Estado de Direito, o direito de segurança jurídica dos contribuintes quanto aos atos praticados pelo Estado. Deve haver a garantia de que o contribuinte somente deverá pagar tributos efetivamente devidos segundo a previsão legal e constitucional;

III. Alberto Xavier defende que a contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade deve se dar a partir da data desta declaração. Esta declaração é um fato inovador na ordem jurídica, que substitui norma que até então vigorava com presunção de constitucionalidade. Outros doutrinadores a exemplo de J.A. Lima Gonçalves e Márcio Severo Marques, além de Yves Gandra Martins. Esse também foi o entendimento do Sistema de Tributação da SRF através do Parecer COSIT 58/98;

IV. Há três hipóteses para a contagem do prazo decadencial no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, entre elas, a data da expedição de ato pela administração tributária que reconheça como indevida a exação, conforme fez a IN SRF 31/97, publicada em 10/04/1997 sendo este o termo *a quo* para o prazo decadencial do pleito de restituição, é de se considerar tempestivo o pedido apresentado em 10/04/2002.

Pede, pois, que seja provido o seu pedido de restituição atualizado monetariamente de acordo com a NE Conjunta 08/97, acrescidos da taxa SELIC.

É o relatório.



RECURSO Nº : 128.280
ACÓRDÃO Nº : 303-31.731

VOTO

Estando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A decisão guerreada afastou a pretensão do contribuinte, sob o entendimento de que o direito para pleitear a restituição de tributo pago indevidamente extingue-se com decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, considerada esta como sendo a data do efetivo pagamento.

À primeira vista, então, há que se estabelecer o marco inicial para a contagem do prazo de que dispõe o contribuinte para pedir a restituição de tributo pago indevidamente ou a maior.

Segundo a letra fria da lei (CTN, art. 168, I, c/c art. 165, I), o direito de pleitear a restituição de tributo indevido ou pago a maior, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário (grifei).

Uma corrente jurisprudencial no STJ fixou-se no sentido de que a extinção do crédito tributário só ocorre após a homologação, expressa ou tácita, assim nos casos de lançamento por homologação, o prazo para pleitear a restituição seria de 10 (dez) anos, podendo ser sintetizada na seguinte ementa:

“À luz do CTN esta Corte desenvolveu entendimento no sentido de computar a partir do fato gerador, prazo decadencial de cinco anos e, após, mesmo não se sabendo qual a data da homologação do lançamento, se este não ultrapassou o quinquênio, computar mais cinco anos (STJ, AgRg-Resp. 251.831/GO, 2ª T. Relª Min. ELIANA CALMON, DJU 18.02.2002).”

Para contrariar tal entendimento, observe-se que o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional, em caráter de urgência, o Projeto de Lei Complementar nº 73, cujo artigo 3º diz:

“Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 1966 - Código Tributário nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 128.280
ACÓRDÃO Nº : 303-31.731

Ora, a pretensão de introduzir no CTN dispositivo legal dotado de mero caráter interpretativo, representa o reconhecimento inequívoco por parte do Poder Executivo da existência da linha de entendimento diverso, e majoritário nos tribunais superiores, pretendendo justamente com a alteração legal fazer valer entendimento contrário.

A meu juízo não há dúvida quanto ao caráter resolutivo da condição de não homologação do lançamento, sendo claro que se houver homologação, expressa ou tácita, o pagamento antecipado foi válido desde sempre e operou a extinção do crédito tributário desde quando praticado. Assim a partir do pagamento começa a fluir prazo decadencial em relação ao direito da Fazenda de proceder a revisão do ato do contribuinte por meio de lançamento de ofício, assim como também corre paralelamente prazo prescricional do direito do contribuinte pleitear restituição no caso de pagamento a maior ou indevido decorrente de erro. Evidentemente esse raciocínio não abarca a hipótese de recolhimento em relação a tributo só posteriormente declarado pelo STF inconstitucional, ainda que no controle difuso. É que não se pode ignorar que a declaração do STF representa fato jurídico novo que inquina de inconstitucionalidade uma lei vigente, e que até então gozava do pressuposto de constitucionalidade.

Penso que não representa a melhor interpretação a tese jurisprudencial dos dez anos, nem tampouco encontra melhor fundamento jurídico ignorar que a homologação tácita configura condição resolutiva nos lançamentos por homologação, e que quando implementada caracteriza a extinção do crédito tributário na data do pagamento antecipado.

Mas, por outro lado, também não se pode ignorar que o direito subjetivo creditório para o contribuinte só emergiu, no caso concreto, a partir da decisão do STF, tratando-se de prazo prescricional para exercício do direito.

Deve ser lembrado que a CRFB/88 reservou a matéria sobre prescrição/decadência à lei complementar, pelo que se afastam as disposições de lei ordinárias anteriores ou posteriores à CF que pretenderam estabelecer prazo decadencial ou prescricional para tributos superiores a cinco anos. A Lei 5.172/66 (CTN), recepcionada pela CRFB/88 com o status de lei complementar, estabelece para os tributos um prazo de decadência/prescrição máximo de cinco anos, a depender do caso, contados de diferentes marcos; admite até que lei ordinária possa dispor prazo diverso desde que seja inferior aos cinco anos. Essa é, ao meu ver, a melhor doutrina a respeito da matéria, disposta no rastro do pensamento de Aliomar Baleeiro e de Paulo de Barros Carvalho, entre outros.

O STJ já adotou entendimento, com base em doutrina consistente que, nos casos em que houver declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO N° : 128.280
ACÓRDÃO N° : 303-31.731

o *dies a quo* do prazo prescricional da ação de restituição de indébito não está prevista no CTN. Faz sentido no rastro da concepção da “*actio nata*”.

Criou-se, então, respeitável corrente jurisprudencial segundo a qual o início do prazo prescricional de cinco (05) anos é a data de publicação da declaração de inconstitucionalidade. No caso do FINSOCIAL a decisão do plenário do STF com ânimo definitivo, ainda que em meio ao controle difuso, e tomada aqui como marco, se deu em relação no RE 150.764-1/PE, publicada no DJU de 02/04/1993.

Assim fixada a data de 02/04/1993 como o termo inicial para a contagem do prazo para pleitear a restituição da contribuição paga indevidamente, o termo final ocorreria em 01/04/1998. *In casu*, o pedido ocorreu na data de 09 de abril de 2002, logo, além do prazo prescricional.

Entendo, assim, estar o pleito da Recorrente fulminado pela prescrição, de modo que reconheço a prejudicial de mérito argüida, ainda que baseado em razão diversa.

Nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004


ZENALDO LOIBMAN - Relator