



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

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Recurso nº : 132.090
Acórdão nº : 301-32.065
Sessão de : 12 de agosto de 2005
Recorrente(s) : F.C. HOLANDA PINTO
Recorrida : DRJ/FORTALEZA/CE

**FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO – PRAZO
DECADENCIAL** – O prazo para o contribuinte requerer a restituição ou compensação dos valores recolhidos indevidamente a título de FINSOCIAL, é de cinco anos e tem o termo inicial na data da publicação da Medida Provisória nº. 1.621-36, de 10/06/98 (D.O.U. de 12/06/98) que efetivamente reconhece ao contribuinte o direito à restituição dos valores pagos indevidamente, mediante a sua solicitação. ADEMAIS, ainda em preliminar, tem-se que não há concomitância entre o pedido administrativo de restituição e a ação judicial noticiada no processo. Determina-se o retorno do processo para a Delegacia Regional de Julgamento, para que seja analisado o pedido, em sua materialidade, sob pena de supressão de instância.
RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, PARA DETERMINAR O RETORNO DO PROCESSO À DRJ PARA EXAME DO PEDIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, com retorno à DRJ para exame do pedido, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo e Valmar Fonsêca de Menezes.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


SUSY GOMES HOFFMANN
Relatora

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO, IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES, ATALINA RODRIGUES ALVES e CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO.

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

RELATÓRIO

O processo administrativo ora em análise trata-se de pedido de restituição dos valores pagos a título de FINSOCIAL, a maior, em vista de as majorações da alíquota, posteriores a 1988 terem sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, requerido em 27/05/2002 (fls. 01), baseado em sentença de Mandado de Segurança Coletivo impetrado por Sindicato do qual o Recorrente é associado.

Ocorre que a Ação Judicial proposta visava a compensação dos valores pagos a maior a título de Finsocial com a Cofins e o Recorrente, por meio do presente processo administrativo pretende a restituição dos valores do Finsocial uma vez que não é mais contribuinte da COFINS, de tal modo que a ação judicial perdeu o seu objeto.

A Delegacia da Receita Federal em Fortaleza, em despacho decisório de fls. 256 e seguintes, julgou improcedente o pedido do Recorrente, por entender que não haviam sido preenchidos os requisitos para o processamento do pedido, uma vez que a Recorrente não teria juntado documento comprobatório de sentença judicial deferitória de restituição do indébito.

Inconformado o Recorrente recorreu da referida decisão à Delegacia Regional de Julgamento. (fls. 260 e seguintes), informando que por força da Medida Provisória 2037/00 e posteriores reedições, na qualidade de comerciante de combustíveis, deixou de ser contribuinte da COFINS, visto que tal legislação determinou a alíquota zero da COFINS em tais operações, razão pela qual a ação judicial perdeu o seu objeto, visto não ser mais possível, em vista da superveniência da legislação, compensar Finsocial com Cofins, posto que não era mais contribuintes da COFINS. Além do mais, argumentou o Recorrente que a exigência da juntada da decisão transitada em julgado era equivocada posto que o STF já julgou a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL de tal modo que o seu crédito é líquido.

A DRJ – Fortaleza/CE indeferiu Pedido de Restituição/Compensação de Finsocial com base nos fundamentos consubstanciados na seguinte ementa (fls.275):

ACÓRDÃO DRJ/FOR Nº 5.350, de 07 de dezembro de 2004

Assunto: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/04/1991 A 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO

A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o comando inserto

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

nos arts. 170 e 170-A do CTN. Créditos que não se apresentam liquidados, não podem ser objeto de autorização de compensação, porquanto para se proceder à compensação deve, previamente, existir a liquidez e certeza do crédito a ser utilizado pelo contribuinte.

DECADÊNCIA.

O prazo para o contribuinte pleitear a restituição e a compensação de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Solicitação Indeferida.

O Recorrente foi intimado da decisão de primeira instância em 08/03/2005 (Fls. 285). Interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário, em 17/03/2005 (fls. 288 e seguintes) requerendo, o deferimento do pedido de restituição de tributos, alegando, em síntese que o pedido foi tempestivo e que o seu crédito é líquido e exigível.

É o relatório.



Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

VOTO

Conselheira Susy Gomes Hoffmann, Relatora

O Recurso Voluntário deve ser admitido em vista de atender aos requisitos necessários.

A primeira questão a ser enfrentada é a de se saber se o Pedido de Restituição foi proposto no prazo legal.

Apenas para esclarecer eventuais questões semânticas, esclareço que entendo que o prazo ora em discussão é decadencial, para tanto, adoto as lições do Prof. Eurico Marcos Diniz de Santi¹:

A decadência do direito do contribuinte corresponde à perda do direito de o contribuinte pleitear administrativamente o débito do Fisco e a prescrição do direito do contribuinte, à perda do direito de ação de que o contribuinte é titular para efetivar seu direito ao débito do Fisco.

A disciplina da decadência do direito do contribuinte encontra-se, basicamente, nos arts. 165, 166, 167 e 168 do CTN. A prescrição do direito do contribuinte deflui de um desdobramento da interpretação do art. 168 do CTN e, ainda, da hipótese da ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição, aludida no art. 169 do CTN.

A questão é controversa porque não se trata de mera aplicação da literalidade da regra exposta no artigo 168 do Código Tributário Nacional, visto que, o tema central da discussão está em se saber qual a data inicial para a contagem do prazo, posto que há de um lado a presunção da constitucionalidade de todas as leis e de outro lado, a declaração da inconstitucionalidade das normas que estabeleceram as majorações da alíquota do FINSOCIAL e a admissão, pela União Federal, do direito do contribuinte, em repetir os valores pagos.

Se fosse tomada a literalidade da regra do prazo prescricional, ter-se-ia que admitir a extemporaneidade do pedido do Recorrente, posto que o prazo teria seu início na data do pagamento dos valores. Todavia, o caso não permite tal exegese como pretende a Recorrida, visto que o direito à restituição não nasceu na data do pagamento do tributo, mas no momento em que a União reconheceu a inconstitucionalidade da norma e admitiu a repetição dos valores dos tributos pagos em obediência a tais normas. No caso há que ser considerado que a declaração de

¹ Decadência e Prescrição no Direito Tributário. São Paulo. Max Limonad. 2000, p. 100.



Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

inconstitucionalidade ocorreu pela via difusa, sendo necessário o reconhecimento expresso da União, de tal inconstitucionalidade, para que se inaugurasse o prazo para que o contribuinte repetisse o indébito tributário.

No presente caso, tal reconhecimento expresso surge apenas com a edição da Medida Provisória nº. 1621-36, de 10 de outubro de 1998.

A evolução legislativa e as explicações concernentes ao tema foram trazidos de forma sábia e elucidativa pelo eminente Conselheiro Relator José Luiz Novo Rossari, nos autos do Recurso Voluntário nº 301-31.071, cujos termos, peço licença para adotar, como se meus fossem, na forma a seguir transcrita:

No presente processo discute-se o pedido de compensação de créditos que o recorrente alega possuir perante a União, decorrentes de pagamentos efetuados a título de contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, estabelecidas em sucessivos acréscimos à alíquota originalmente prevista em lei, e cujas normas legais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, de 16/12/92. Conforme se verifica nos autos, o recorrente pleiteia a restituição desses créditos e sua compensação com débitos decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

No mérito, verifica-se que, na esteira da competência privativa do Senado Federal para “Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (art. 52, X, da CF), a matéria foi objeto de tratamento específico no art. 77 da Lei nº 9.430/96, que, com objetivos de economia processual e de evitar custos desnecessários decorrentes de lançamentos e de ações e recursos judiciais, relativos a hipóteses cujo entendimento já tenha sido solidificado a favor do contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, dispôs, verbis:

“Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

III formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.”

Com base nessa autorização, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346/97, que estabeleceu os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em relação a decisões judiciais, e determina em seu art. 1º, verbis:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.”

Dessa forma, subsumem-se nas normas disciplinadoras acima transcritas todas as hipóteses que, em tese, poderiam ser objeto de aplicação, referentes a processos fiscais cuja matéria verse sobre a extensão administrativa dos julgados judiciais, as quais passo a examinar.

O Decreto nº 2.346/97 em seu art. 1º, caput, estabelece que deverão ser observadas pela Administração Pública Federal as decisões do STF que fixem interpretação do texto constitucional de forma inequívoca e definitiva.

Do exame da norma disciplinar retrotranscrita, verifico ser descabida a aplicação do § 1º do art. 1º, tendo em vista que essa norma refere-se à hipótese de decisão em ação direta de inconstitucionalidade, esta dotada de efeito erga omnes, o que não se coaduna com a hipótese que fundamentou o pedido contido neste

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

processo, baseado em Recurso Extraordinário em que figuravam como partes a União (Recorrente) e Empresa Distribuidora Vivacqua de Bebidas Ltda. (Recorrida). Trata-se, portanto, na espécie, de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, cujos efeitos atingem tão-somente as partes litigantes.

Da mesma forma, não se vislumbra, na hipótese, a aplicação do § 2º do art. 1º, visto que os dispositivos declarados inconstitucionais não tiveram a sua execução suspensa pelo Senado Federal.

No entanto, é inequívoco que a hipótese prevista no § 3º do art. 1º, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, veio a ser efetivamente implementada a partir da edição da Medida Provisória no 1.110, de 30/8/95, que em seu art. 17 dispôs, verbis:

“Art. 17. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas”. (destaquei)

Por meio dessa norma o Poder Executivo manifestou-se no sentido de reconhecer como indevidos os sucessivos acréscimos de alíquotas do Finsocial estabelecidos nas Leis nºs. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, e assegurou a dispensa da constituição de créditos tributários, a inscrição como Dívida Ativa e o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como o cancelamento do lançamento e da inscrição da contribuição em valor superior ao originalmente estabelecido em lei.

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

Essa autorização teve como objetivo tão-somente a dispensa da exigência relativa a créditos tributários constituídos ou não, o que implica não beneficiar nem ser extensiva a eventuais pedidos de restituição, como se verifica do seu § 2º, acima em destaque, que de forma expressa restringiu tal benefício.

Dúvidas não existem a esse respeito: a um, porque a norma estabeleceu, de forma expressa e clara, que a dispensa de exigência do crédito tributário não implicaria a restituição de quantias pagas; e, a dois, porque a dispensa da exigência e a decorrente extinção do crédito tributário, caracterizam a hipótese de remissão (arts. 156, IV e 172, do CTN), tratando-se de matéria distinta, de interpretação restrita e que não se confunde com a legislação pertinente à restituição de tributos. Com efeito, mesmo que com o intuito de ver reduzidas as lides na esfera judicial, essa dispensa assume as características da remissão de que trata o CTN.

Assim, a superveniência original da Medida Provisória nº 1.110/95 não teve o condão de beneficiar pedidos de restituição relativos a pagamentos feitos a maior do que o devido a título de Finsocial.

No entanto, o Poder Executivo promoveu uma alteração nesse dispositivo, mediante a edição da Medida Provisória nº 1.621-36, de 10/6/98 (D.O.U. de 12/6/98)², que deu nova redação para o § 2º e dispôs, verbis:

“Art. 17.
(...)”

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantias pagas.” (destaquei)

² A referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/7/2002, nos seguintes termos:

“Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)”

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

(...)”

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.”

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

A alteração prevista na norma retrotranscrita demonstrou posicionamento diverso ao originalmente estabelecido e traduziu o inequívoco reconhecimento da Administração Pública no sentido de estender os efeitos da remissão tributária ao direito de os contribuintes pleitearem a restituição das contribuições pagas em valor maior do que o devido.

Esse dispositivo também não comporta dúvidas, sendo claro no sentido de que a dispensa relativa aos créditos tributários apenas não implicará a restituição de ofício, vale dizer, a partir de procedimentos originários da Administração Fazendária para a restituição. Destarte, é óbvio que a norma permite, contrário senso, a restituição a partir de pedidos efetuados por parte dos contribuintes.

Entendo que a alteração promovida no § 2º do art. 17 da Medida Provisória no 1.621-35/98, no sentido de permitir a restituição da contribuição ao Finsocial, a pedido, quando já decorridos quase 3 anos da existência original desse dispositivo legal e quase 6 anos após ter sido declarada a inconstitucionalidade dos atos que majoraram a alíquota do Finsocial, possibilita a interpretação e conclusão, com suficiência, de que o Poder Executivo recepcionou como válidos para os fins pretendidos, os pedidos que vierem a ser efetuados após o prazo de 5 anos do pagamento da contribuição, previsto no art. 168, I, do CTN e aceito pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99.

Nesse Parecer é abordado o prazo decadencial para pleitear a restituição de tributo pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário. O parecer conclui, em seu item III, que o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do CTN, extinguindo-se, destarte, depois de decorridos 5 anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código.

Posto que bem alicerçado em respeitável doutrina e explicitado suas razões e conclusões com extrema felicidade, deve ser destacado que no referido Parecer não foi examinada a Medida Provisória retrotranscrita nem os seus efeitos, decorrentes de manifestação de vontade do Poder Executivo, com base no permissivo previsto no § 3º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97. Dessarte, propõe-se neste voto interpretar a legislação a partir de ato emanado da própria Administração Pública, determinativo do prazo excepcional.



Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

No caso de que trata este processo, entendo que o prazo decadencial de 5 anos para requerer o indébito tributário deve ser contado a partir da data em que o Poder Executivo finalmente, e de forma expressa, manifestou-se no sentido de possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação, ou seja, a partir de 12/6/98, data da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98.

Existem correntes que propugnam no sentido de que esse prazo decadencial deveria ser contado a partir da data de publicação da Medida Provisória original (MP nº 1.110, de 30/8/95), ou seja, de 31/8/95. Entendo que tal interpretação traduziria contrariedade à lei vigente, visto que a norma constante dessa Medida estabelecia, de forma expressa, o descabimento da restituição de quantias pagas. E diante desse descabimento, não haveria por que fazer a solicitação. Somente a partir da alteração levada a efeito pela Medida Provisória nº 1.621-36, de 10/6/98, publicada em 12/6/98, é que a Administração reconheceu a restituição, acenando com a protocolização dos correspondentes processos de restituição.

E apenas para argumentar, se diversa fosse a mens legis, não haveria por que ser feita a alteração na redação da Medida Provisória original, por diversas vezes reeditada, pois a primeira versão, que simples e objetivamente vedava a restituição, era expressa e clara nesse sentido, sem permitir qualquer interpretação contrária. Já a segunda, ao vedar tão-só o procedimento de ofício, abriu a possibilidade de que os pedidos dos contribuintes pudessem ser formulados e atendidos. Entendo, assim, que a alteração levada a efeito não possibilita outro entendimento que não seja o de reconhecimento do legislador referente ao direito dos contribuintes à repetição do indébito.

E isso porque a legislação brasileira é clara quanto aos procedimentos de restituição admitidos, no que se refere à iniciativa do pedido, determinando que seja feito pelo contribuinte ou de ofício. Ambas as iniciativas estão previstas expressamente no art. 165 do CTN³ e em outros tantos dispositivos legais da legislação tributária federal v.g. art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66⁴ e o Decreto nº 4.543/2002 – Regulamento Aduaneiro⁵.

³ Art. 165 do CTN:

"O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento..." (destaquei)

⁴ Art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66:

"A restituição de tributos independe da iniciativa do contribuinte, podendo processar-se de ofício, como estabelecer o regulamento, sempre que se apurar excesso de pagamento na conformidade deste artigo." (destaquei)

⁵ Art. 111 do Decreto nº 4.543/2002:

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

Aproveito para ressaltar e trazer à colação, por relevantes, as substanciais lições de Carlos Maximiliano sobre o processo de interpretação das normas, ("Hermenêutica e Aplicação do Direito" - 10ª ed. 1988), os quais entendo aplicarem-se perfeitamente à matéria em exame, verbis:

"116 – Merecem especial menção alguns preceitos, orientadores da exegese literal":

(...)

f) Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva.

(...)

j) A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto."

À vista da legislação existente, em especial a sua evolução histórica, inclino-me pela interpretação lógico-gramatical das Medidas Provisórias em exame, considerando o objetivo a que se destinavam. A lógica também impera ao se verificar que os citados atos legais, ao determinarem que fossem cancelados os débitos existentes e não constituídos outros, beneficiaram os contribuintes que não pagaram ou que estavam discutindo os débitos existentes, não sendo justo que justamente aqueles que espontaneamente pagaram os seus débitos e cumpriram as obrigações tributárias fossem penalizados.

De outra parte, também não vejo fundamento na adoção de prazo de até 10 anos no tocante à decadência dos tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação de que trata o art. 150, § 4º, do CTN. A propósito, a matéria foi objeto de exame pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 101.407 – SP, relator o

"A restituição do imposto pago indevidamente poderá ser feita de ofício, a requerimento, ou mediante utilização do crédito na compensação de débitos do importador..." (destaquei)



Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

Ministro Ari Pargendler, em sessão de 7/4/2000, em que foi mudada a posição desse colegiado sobre o prazo de decadência nesse tipo de lançamento, para ser finalmente adotado o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, verbis:

“TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos.”

Outrossim, em decorrência do que estabeleceu o citado Decreto nº 2.346/97, e seguindo os mandamentos ali prescritos, foi alterado o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, pela Portaria nº 103, de 23/4/2002, do Ministro de Estado da Fazenda, que em seu art. 5º acrescentou o art. 22A ao referido Regimento, verbis:

“Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou



Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação ou execução fiscal.”

Verifica-se que a determinação retrotranscrita é clara no sentido de que, fora dos casos indicados no parágrafo único, os mesmos indicados no Decreto nº 2.346/97, é vedada a atuação dos Conselhos de Contribuintes. No caso, vislumbra-se especificamente a situação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 22A, de hipótese em que não há a vedação estabelecida no caput.

(...)”

Portanto, ao adotar as razões de decidir bem colocadas no R. Voto transcrito, entendo por TEMPESTIVO o pedido formulado pela Recorrente.

Em segundo lugar há que se deixar claro que não há que se falar em pedido de Restituição calcada em ação judicial, pois a ação proposta pelo Sindicato do qual a Recorrente faz parte pretendia a compensação dos valores pagos indevidamente a título de FINSOCIAL com os débitos da COFINS, todavia, em vista da superveniência da legislação que retirou do Recorrente a qualidade de contribuinte da COFINS, aquela ação judicial perdeu seu objeto, sendo legítimo o pedido administrativo de restituição dos valores.

Ou seja, como o contribuinte deixou de ser tributado pela COFINS, não há que se falar em compensação de crédito tributário, e sim, como feito por este, deve-se postular diretamente a restituição do crédito efetivamente pago. Desta feita, a interposição da ação de Mandado de Segurança Coletivo perdeu, para o Recorrente, o seu objeto, não sendo mais necessária analisá-la ou sequer requerer seu trânsito em julgado para a concessão do pedido de restituição postulado nesta fase processual.

Outrossim, não há que se falar em matéria prejudicial de julgamento deste pedido face à já superada ação mandamental, como sendo causas de litispendência ou coisa julgada, posto que inexistente identidade de ações, vez que possuem elementos da ação distintos.

No tocante a ação de Mandado de Segurança Coletivo o pedido mediato estava ligado diretamente à compensação sobre o direito de crédito, eis que esta ação seria o meio adequado para sua declaração e posterior extinção do crédito futuro. Todavia, como o contribuinte, repita-se, deixou de ser contribuinte, o bem da vida procurado não é mais a compensação do crédito, mas a sua restituição somente.

Conseqüentemente, alterando-se o pedido da ação, do modo que foi necessariamente feito pelo contribuinte, altera-se a sua causa de pedir, próxima e remota, tendo fatos e fundamentos jurídicos distintos da ação de Mandado de Segurança Coletivo, razão pela qual, não se deve sequer aventar a ocorrência de coisa julgada formal ou material. Senão veja-se:

Processo nº : 10380.007361/2002-83
Acórdão nº : 301-32.065

Em Código de Processo Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 7 edição, 2003: “ Inexistência tanto da exceção de coisa julgada quanto da litispendência também argüida. Por não configurada a tríplice identidade de que trata o CPC 301, parágrafos 1 e 3. Agravo desprovido.”

Litispendência. Identidade de pedidos. A identidade de pedidos não caracteriza a litispendência. Somente se verifica a litispendência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a causa de pedir (TRF-5, 1T, Ap. 17299-RN, rel. Juiz Ridalvo Costa, v.u., j. 10.12.1992, JSTJ 47/583).

No mais, ainda que se forçasse uma litispendência ou coisa julgada neste momento, entre o Mandado de Segurança Coletivo e o pedido administrativo ora ajuizado, também não seria possível acolher tal entendimento, vez que o pedido de restituição trata-se de direito individual e concreto. Assim segue:

Litispendência. MS coletivo. Não há litispendência entre MS individual, pois o MS coletivo não pode tolher garantia constitucionalmente assegurada ao indivíduo para a proteção de direito individual (JTJ 164/ 117).

Assim, resta desimpedido o acesso em área administrativa para julgamento desta demanda, desvinculando-se por fim da ação mandamental, **que sequer deveria ter sido juntada aos autos deste processo**, bem como da necessidade do seu trânsito em julgado, sendo possível o pedido de restituição pretendido pelo Recorrente em vista da certeza e liquidez dos seus créditos.

Quanto às demais matérias, em especial no que tange à questão da restituição/compensação dos valores propriamente ditos, entendo que ela deva ser analisada, primeiramente, pela DRJ para, posteriormente, se houver necessidade, pelo Conselho de Contribuintes. Notadamente, entendeu-se por bem fazer desde já algumas considerações sobre tais temas, visto que estão relacionadas às matérias preliminares do processo e regular seguimento administrativo.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário, tendo em vista não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear referida restituição, bem como por considerar que a restituição pleiteada não está vinculada ação judicial, bem como que o Recorrente não renunciou, em momento algum, ao seu direito de pleitear, administrativamente, a restituição do indébito. Assim, determino o retorno dos presentes autos à DRJ de origem para analisar e julgar sobre os valores a serem restituídos.

Sala das Sessões, em 12 de agosto de 2005


SUSY GOMES HOFFMANN - Relatora