



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	10835.001881/2003-78
Recurso nº	136.106 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão nº	303-34.303
Sessão de	26 de abril de 2007
Recorrente	INDÚSTRIA E COM. DE BEBIDAS FUNADA LTDA.
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 30/09/1989, 31/10/1989, 30/11/1989, 31/12/1989, 31/01/1990, 28/02/1990, 31/03/1990, 30/04/1990, 31/05/1990, 30/06/1990, 31/07/1990, 31/08/1990, 30/09/1990, 31/10/1990, 30/11/1990, 31/12/1990, 31/01/1991, 28/02/1991, 31/03/1991, 30/04/1991, 31/05/1991, 30/06/1991, 31/07/1991, 30/08/1991, 30/09/1991, 31/10/1990

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE. A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário, cujo objeto se identifique com o pedido administrativo, inibe o pronunciamento da autoridade administrativa sobre o mérito do crédito tributário em litígio.

SÚMULA Nº. 5, DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial.

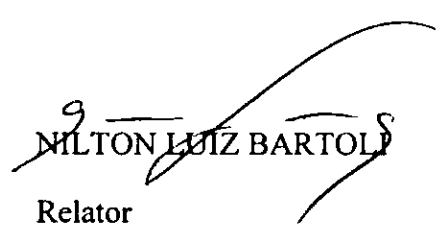
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



MILTON LUIZ BARTOLI

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Nanci Gama, Zenaldo Loibman, Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa, Tarásio Campelo Borges e Luis Marcelo Guerra de Castro.

Relatório

Trata-se de pedido de Compensação (fls. 01/31 – doc.fls.32/79), formalizado pelo contribuinte em 29/08/2003, fundamentado em decisão judicial transitada em julgado nos autos do Processo n.º. 92.007.4543-1, distribuído na 20ª Vara Federal de São Paulo (fls. 88/111).

Informa o contribuinte que ajuizou “ação ordinária declaratória c/c repetição de indébito”, cujo objetivo era o reconhecimento de seu direito em reaver as contribuições recolhidas indevidamente a título de Finsocial, no período de setembro/1989 a outubro/1991, na qual lhe foi assegurado tal direito, tendo a decisão transitada em julgado em 04/10/1995 (fls. 111) e, que tendo seus cálculos devidamente homologados, optou pela compensação do crédito apurado pela via administrativa.

Pleiteia ainda pela correção monetária e cálculo de juros sobre os créditos requeridos.

Anexos ao pedido de compensação os documentos de fls. 32/79, dentre eles Planilha Demonstrativa de Créditos (fls.79) e DARF's (fls.55/78).

O pleito do contribuinte não foi deferido pela Delegacia da Receita Federal em Presidente Prudente/ SP, sob o fundamento de que o direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição recolhido a maior ou indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contado da extinção do crédito tributário respectivo ou, se for o caso, da data em que passar em julgado a decisão judicial que reconheceu tal direito.

Ciente da decisão singular (AR de fls. 118) o contribuinte apresentou tempestiva Impugnação (fls. 119/165), aduzindo, em suma, que:

embora tenha ocorrido o trânsito em julgado, em 10/1995, da ação ordinária de repetição de indébito, o processo permanece em trâmite perante a Vara de jurisdição, em vista de depósito judicial lá constante, o qual está sendo objeto de levantamento judicial, no que excedeu a parcela de 0.5%. Os valores depositados compreendem os períodos de 02/92 e 03/92, que não foram objeto de compensação, de maneira que o “processo permanece em andamento até os dias de hoje.”;

tem-se ainda a considerar que fora proposta ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c ordinária de compensação n.º. 95.12.05061-7, em tramite perante a 2ª Vara Federal de Presidente Prudente / SP, onde foi requerida a compensação dos valores pagos indevidamente a título de FINSOCIAL, no que excedeu a alíquota de 0,5% com parcelas da COFINS. No entanto, o MM. Juiz Federal extinguiu o referido processo, tendo em vista a existência de Medida Cautelar e Ação Ordinária em tramite na Capital, cassando, desta maneira, a liminar que havia concedido para compensar o contribuinte;

desta decisão foi interposto recurso de apelação, sendo que mais tarde foi requerido pedido de desistência em vista do parcelamento do débito. Atualmente o processo encontra-se distribuído para a 4ª Turma

do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob o número 96.03.029558-2;

resta claro que em nenhum momento ocorreu a prescrição do direito de pleitear a devolução das parcelas pagas indevidamente de Finsocial, no que excedeu a 5%, já que a ação ordinária de repetição de indébito efetivamente transitou em julgado em 10/95, no entanto, o pleito de reaver as parcelas pagas indevidamente, permanece em litígio com ação declaratória c/c compensação;

ademais, não há que se falar em prescrição da restituição dos valores pagos indevidamente, haja vista, a lavratura do auto de infração, configurado no processo administrativo n.º 10835.001931/99-15, procedente dos valores compensados do crédito de Finsocial, com parcela da Cofins, e que foi objeto do parcelamento instituído pela Lei n.º 10.684/2003;

tratando-se de execução da sentença que entendeu serem inconstitucionais as majorações do Finsocial, não há que se falar em prescrição ou decadência, posto que, nos termos do artigo 219, do Código de Processo Civil, a citação válida interrompe a prescrição;

dos tributos lançados pelo próprio contribuinte, o fisco tem o prazo de 5 anos, contados do lançamento, para homologar expressamente. Quando esta homologação não ocorre expressamente considera-se a sua ocorrência de forma tácita no 5º e último ano e, a partir daí, haveria mais 5 anos para a total extinção do débito tributário. Assim, o prazo seria de 10 anos e não apenas de 5 anos, desta forma, não há que se falar em prescrição;

a prestação pecuniária exigida por meio de lei inconstitucional não é tributo, com isso, não há que se falar em prazo prescricional para repetição de indébito. Neste caso, trata-se de um indébito genérico configurado contra a Fazenda Pública, aplicando-se a regra genérica de prescrição de indébito e não o prazo prescricional previsto no CTN;

o direito do contribuinte pleitear o indébito extingue-se somente após 10 anos da ocorrência do fato gerador, salientando que a mesma estava suspensa, nos termos do artigo 219 do CPC, em vista da ação declaratória de repetição de indébito, bem como, da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c ordinária de compensação, e ainda pelo auto de infração lavrado;

o direito a compensação está previsto no artigo 66, da Lei n.º 8.383/91, que permite a compensação com tributos e contribuições da mesma natureza e nos termos do CTN, a lei pode, nas condições e sobre as garantias que estipular, atribuir à Autoridade Administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com crédito líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda;

reitera seu pedido de correção monetária e juros, ressaltando que com relação ao tema, existe posicionamento do STJ, Súmula 46, que assegura o direito a correção plena de tributos, desde a data do depósito ou do pagamento indevido, e incide até o efetivo recebimento ou compensação da importância reclamada. Pleiteia pela aplicação dos expurgos inflacionários e taxa Selic.



Para corroborar seus argumentos faz uso de excertos doutrinários, jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais, bem como das Câmaras dos Conselhos de Contribuintes.

Diante do exposto, requer seja determinada a compensação na via administrativa dos valores pagos indevidamente a título de Finsocial, no que excedeu a 0,5% ,com parcelas vincendas da Cofins, no período compreendido de 09/89 à 10/91.

Encaminhados os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Ribeirão Preto/SP, a solicitação do contribuinte foi indeferida, conforme a seguinte ementa:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Data do fato gerador: 30/09/1989, 31/10/1989, 30/11/1989, 31/12/1989, 31/01/1990, 28/02/1990, 31/03/1990, 30/04/1990, 31/05/1990, 30/06/1990, 31/07/1990, 31/08/1990, 30/09/1990, 31/10/1990, 30/11/1990, 31/12/1990, 31/01/1991, 28/02/1991, 31/03/1991, 30/04/1991, 31/05/1991, 30/06/1991, 31/07/1991, 30/08/1991, 30/09/1991, 31/10/1991.

Ementa: PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO NA VIA ADMINISTRATIVA DE TÍTULO JUDICIAL JÁ PRESCRITO.

A execução prescreve no mesmo prazo de prescrição da ação, conforme Súmula 150 do STF. Título executivo judicial que condena a União Federal a repetir o indébito deve ser executado no prazo de cinco anos (art. 168, I, CTN). Não é dado ao contribuinte, após o transcurso deste prazo, pretender executar na via administrativa título executivo judicial já prescrito.

Solicitação Indeferida"

Intimado da decisão (fls.227), o contribuinte apresentou tempestivo Recurso Voluntário (fls. 228/243), reiterando os fundamentos e pedidos de sua Peça Impugnatória.

Requer seja conhecido e provido seu recurso, para o fim de que se declare legítimo seu direito de compensação, relativamente aos valores majorados sobre a alíquota de 0,5% do Finsocial, por ter sido declarada sua inconstitucionalidade.

Tendo em vista o disposto na Portaria MF nº314, de 25/08/99, deixam os autos de serem encaminhados para ciência da Procuradoria da Fazenda Nacional, quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, em dois volumes, constando numeração até às fls. 249, última.

É o Relatório.



Voto

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI, Relator

O pedido de restituição/compensação formulado pelo recorrente tem fundamento na inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do FINSOCIAL, declarada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 150.764-PE ocorrido em 16.12.1992, tendo o acórdão sido publicado em 2.3.1993, e cuja decisão transitou em julgado em 4.5.1993.

O direito creditório lhe foi concedido através de medida judicial, por meio de “Ação Ordinária Declaratória c/c Repetição de Indébito”, que tomou o número 92.0074543-1, e tramitou junto à Justiça Federal de São Paulo, tendo seu trânsito em julgado em 04/10/95, como atesta a Certidão de fls. 111.

Notícia o contribuinte, entretanto, ter ajuizado nova ação, objetivando também a declaração de inconstitucionalidade quanto à majoração de alíquota do Finsocial, esta distribuída em Presidente Prudente/SP, com o número 95.1205061-7.

Impõe-se, pois, uma análise acerca da eventual concomitância entre o presente procedimento administrativo e as ações propostas pelo contribuinte junto ao Poder Judiciário.

É certo que essa questão, a da concomitância, vem atormentando os membros do Conselho de Contribuintes comprometidos em harmonizar as decisões administrativas em face das prerrogativas constitucionais do Poder Judiciário, de modo a resguardar o sagrado direito de todos os cidadãos a obter a prestação de tutela jurisdicional seja no âmbito do Executivo, seja perante os Juizes, e diz respeito à possibilidade ou não de simultâneo processamento nestas esferas.

De logo cumpre assentar a meridiana clareza do texto constitucional ao proclamar com solenidade a independência e harmonia entre os Poderes da República, bem assim a prerrogativa funcional do Judiciário para aplicar o direito em caso concreto, apreciando toda e qualquer ameaça ou lesão de direito, em caráter preponderante e definitivo, consagrando o princípio da ubiqüidade do Poder Judiciário, conforme o estilo de PONTES DE MIRANDA.

Destarte, não parece conformar-se ao direito constitucional pátrio admitir a coexistência de procedimento administrativo e processo judicial, examinando simultaneamente idênticas matérias objeto de lide entre idênticas partes.

Iniciado o processo judicial nessas características, fecham-se as portas do procedimento administrativo; iniciado o processo administrativo e instaurado o processo judicial nas mesmas características, deve ser imediata a extinção do feito administrativo.

E isso, como demonstrado, porque em face da harmonia e independência entres os Poderes e a prevalência do Judiciário sobre os demais Poderes para dirimir conflitos concretos, haveria grave ofensa à Constituição da República se admitida a possibilidade do Poder Executivo promover procedimento de características processuais idênticas a processo judicial em curso.



Parece-me mais consentâneo com o direito pátrio, cuja matriz constitucional de longe optou pelo modelo norte-americano e seus princípios, ser caso de impossibilidade ou proibição dirigida sistematicamente ao Executivo, no sentido de vedar-lhe o proferimento de decisões no âmbito de procedimentos administrativos, quando já provocado o Judiciário.

O obstáculo, como demonstrado acima, formaliza-se nas pétreas garantias de independência e harmonia entre os Poderes e a prevalência do Judiciário em face dos demais Poderes no que tange à solução das lides.

No caso dos autos, a identidade das matérias discutidas nas duas instâncias se comprova do próprio pedido do contribuinte, enquanto autor de “Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica c/c Ordinária de Compensação” – 95.1205061-7, que se encontra pendente de exame de Apelação - 98.03.046871-5 (fls.207/213), em trâmite perante a Quarta Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, como se denota do extrato processual abaixo colacionado, extraído do site oficial do TRF3:

Sexta, 20 de abril de 2007 às 09:56

PROCESSO	98.03.046871-5
CLASSE	423628 AC - SP
ORIGEM	95.1205061-7
VARA	2 PRESIDENTE PRUDENTE - SP
AUTUAÇÃO	28.05.1998
APTE	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA
ADVG	CRISTINA LUCIA PALUDETO PARIZZI
APDO	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)
ADVG	ELYADIR F BORGES e MIRIAM APARECIDA P DA SILVA
RELATOR	DES.FED. ROBERTO HADDAD
ASSUNTO	FINSOCIAL - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - TRIBUTÁRIO
ORG. JUL.	QUARTA TURMA
LOCALIZ.	GAB. DES.FED. ROBERTO HADDAD
N.CAIXA	0

Peticoes

NUMERO	TIPO	PARTE	ENTRADA	JUNTADA
125271	MANIFESTACAO	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA	27.06.2003	04.08.2003
000580	DESISTENCIA	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA	28.07.2003	12.08.2003
209798	MANIFESTACAO	Uniao Federal (FAZENDA NACIONAL)	27.10.2003	11.12.2003
014346	SUBSTABELECIMENTO	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA	02.02.2004	16.03.2004
000086	OUTROS	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA	05.02.2004	17.02.2004
000110	SUBSTABELECIMENTO	IND/ E COM/ DE BEBIDAS FUNADA LTDA	09.02.2007	21.02.2007

3 Últimas Fases do Processo

DATA	DESCRIÇÃO
23.02.2007	CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2007038735 DESTINO: GAB. DES.FED. ROBERTO HADDAD
23.02.2007	CERTIDÃO PROCEDIDAS AS ANOTAÇÕES REQUERIDAS
21.02.2007	JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC No. 2007000110
21.02.2007	RECEBIDO DO GABINETE PARA JUNTADA DE PETIÇÃO
16.03.2004	CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2004042664 DESTINO: GAB.JUIZ CONV. MANOEL ALVARES
16.03.2004	JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC No. 2004014346
17.02.2004	JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC No. 2004000086

30.01.2004 PUBLICADO NO DJU DECISÃO/DESPACHO
16.12.2003 RECEBIDO(A) COM DESPACHO/DECISÃO MANIFESTE-SE A AUTORA
12.12.2003 CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2003238098 DESTINO: GAB.JUIZ CONV.
MANOEL ALVARES
11.12.2003 JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC No. 2003209798
04.12.2003 DEVOLVIDO PELO ADVOGADO/PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL OAB: -
16.10.2003 RETIRADO PELO ADVOGADO/PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL
16.10.2003 JUNTADA DE MANDADO DE INTIMAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL
16.10.2003 PUBLICADO NO DJU DECISÃO/DESPACHO
15.08.2003 RECEBIDO(A) COM DESPACHO/DECISÃO FLS.278 - MANIFESTE-SE A UNIÃO FEDERAL.
13.08.2003 CONCLUSOS AO RELATOR GUIA NR.: 2003138016 DESTINO: GAB.JUIZ CONV.
MANOEL ALVARES
12.08.2003 JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC MANIFESTAÇÃO No.
2003000580
04.08.2003 JUNTADA DE PETIÇÃO SEM DESPACHO - ART. 162, P. 4o., DO CPC MANIFESTAÇÃO No.
2003125271
29.07.2003 RECEBIDO DO GABINETE P/ JUNT PET
24.07.2003 INFORMAÇÃO AUTOS REQUISITADOS PARA JUNTADA DE PETIÇÃO.
20.12.2002 REDISTRIBUIÇÃO POR SUCESSÃO Redistribuição por atribuição ROBERTO HADDAD
registro do dia 20.12.2002 17:28:03
01.06.1998 DISTRIBUIÇÃO AUTOMÁTICA

Todas as Partes

ATENÇÃO: Informações atualizadas até dia útil anterior a 20/04/2007

Observo que o contribuinte informa ter pedido desistência do referido feito, como de fato se constata do extrato processual, contudo, não houve trânsito em julgado do mesmo, de maneira que se torna impossível a submissão da matéria no procedimento administrativo.

É ainda de se ressaltar que a identidade de objetos, entre as duas ações propostas no Judiciário, e o presente procedimento é clara, tanto que nos autos da 2ª. ação proposta, foi proferida sentença pela 2ª. Vara da Justiça Federal de Presidente Prudente – fls. 202/206 pela extinção do processo sem julgamento de mérito, nos seguintes termos:

“A União inicia sua defesa apontando a duplicidade de remédios jurídicos para a mesma finalidade.

Razão assiste à União.

Segundo se deduz da certidão proveniente da 20ª. Vara da Justiça Federal de São Paulo (fls. 194), a Autora ajuizou ação cautelar nº. 92.20579-8 em face da União, objetivando obtenção de medida liminar que determinasse à requerida que se absteresse de exigir ou autuar a exação questionada a título de FINSOCIAL, ainda, a autorização para efetivação de depósitos das importâncias mensalmente apuradas, tendo a ação sido recebida como simples depósito preparatório da principal, constando nos autos os diversos depósitos, sobrevindo a extinção dessa medida cautelar, com o julgamento da ação principal, aguardando aquela na secretaria o cumprimento do despacho.

Já a certidão de fls. 195, deixa claro que a Autora propôs ação ordinária nº. 92.20579-8, distribuída em 25/11/92 por dependência e

apensada aos autos da medida cautelar acima mencionada, postulando a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos que instituíram o FINSOCIAL, bem como a repetição dos valores recolhidos indevidamente desde dezembro de 1988 a tal título. Pela sentença publicada em 07/07/94, a ação foi julgada procedente em parte, tendo sido confirmada pelo E. TRF da 3ª Região que negou provimento à remessa oficial, encontrando-se os autos na secretaria aguardando manifestação das partes.

As informações constantes das cópias da inicial, liminar, sentença e acórdão, confirmam as certidões referidas acima e certificam, ademais, o trânsito em julgado do v. Acórdão na data de 04/10/95 (fls. 214/249).

Ao tornar-se definitivo o venerando acórdão operou-se o efeito da coisa julgada material.

A cópia da petição protocolizada em 07/12/95, pela qual a Autora pede a conversão dos depósitos realizados, em renda da União, em nada altera a situação. (fls. 168)

Isso porque, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu. E a modificação do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo, nos termos do artigo 264, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Não observo nas informações advindas da 20ª. Vara Federal de São Paulo, qualquer menção sobre a petição referida pela Autora.

...

A verdade é que a compensação e a repetição do indébito, embora sejam institutos diferentes entre si, têm em comum a mesma finalidade, qual seja, a restituição do pagamento indevido, o que impossibilita a sua utilização simultânea relativamente à mesma relação jurídica tributária, ressalva que, de resto, a própria Lei n.º 8.383/91 faz expressamente ao colocar à disposição do contribuinte a possibilidade de escolha, ou repetir ou compensar.

...

Se já houve pronunciamento por outro juízo sobre a mesma matéria ora tratada, há expressa vedação legal para o seu reexame, visto haver-se operado os efeitos da coisa julgada material. A única hipótese a justificar uma reapreciação seria a propositura de ação rescisória, desde que presentes os pressupostos ensejadores da medida, que no caso não se verificam.

Ante o exposto, julgo extinto o processo sem apreciação do mérito, nos termos do artigo 267, V, última parte, do Código de Processo Civil."

E em que pese não ter havido julgamento de mérito no mencionado feito, o fato é que o mesmo ainda não transitou em julgado, de maneira que não pode a esfera administrativa se pronunciar acerca de lide que ainda pende de manifestação do Poder Judiciário.



Neste sentido a Súmula n.º 5, deste Eg. Terceiro Conselho de Contribuintes:

"Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação de matéria distinta da constante do processo judicial."

Ressalto, por fim, que o próprio contribuinte alega em sua defesa, que o prazo prescricional para repetição do indébito em discussão, estava suspenso, "em vista da ação declaratória de repetição de indébito, bem como, da ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c ordinária de compensação e ainda pelo auto de infração lavrado." grifei

Destarte, em face da manifesta relação de prejudicialidade existente entre as matérias debatidas perante o Judiciário e perante esta Câmara, como ressaltado pelo próprio contribuinte em suas alegações, já que ele admite estar discutindo a compensação perante o Judiciário, bem assim pelas graves consequências decorrentes de eventual contradição entre as decisões proferidas em uma e outra instância, voto no sentido de não conhecer da matéria de mérito ventilada no recurso voluntário.

Por oportuno, observo que mesmo que não votasse neste sentido, o pleito na via administrativa, fundado na primeira ação interposta perante o Poder Judiciário – 92.0074543-1 – estaria prescrito, conforme restará demonstrado:

Embora o Código Tributário Nacional não seja rigorosamente preciso ao cuidar da decadência e da prescrição – ora tomando-as por sinônimas, ora por autônomas, o certo é que ambos os institutos foram introduzidos há muito no direito pátrio objetivando disciplinar as relações jurídicas no tempo.

Com efeito, a falta de um termo final para o exercício de um direito poderia desestabilizar as relações sociais, ao deixar indefinidas certas situações, gerando insegurança jurídica.

Bem por isso o legislador houve por estabelecer regras para o exercício de direitos, delimitando sua extensão no tempo e seus termos inicial e final.

A prescrição e decadência podem e devem ser reconhecidas de ofício pelo julgador, por serem questões que se relacionam com a própria existência do direito material. E tal procedimento encontra subsídio nos cânones da Teoria Geral do Direito, segundo a qual nenhum direito não exercido pode eternizar-se.

Clóvis Beviláqua, em comentário ao art. 161 do Código Civil de 1916, definiu prescrição como sendo "a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo".

Melhor dizendo, todo titular de um direito possui, para salvaguardá-lo, uma ação que lho assegure. A prescrição opera-se quando o titular não exerce seu direito de ação para exigí-lo. É, portanto, "a perda da ação atribuída a um direito".

Quanto à decadência, ocorre a extinção do direito, ou seja, aquele que antecede o direito de ação. Nas palavras do renomado civilista e autor do antigo Código Civil: "O prazo

extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não for exercido, extingue-se. Não se suspende, nem se interrompe o prazo; corre contra todos, e é fatal.”

Quanto ao direito do contribuinte de pleitear restituição, encontra-se disciplinado no artigo 168, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário:

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

No caso, tendo havido uma decisão judicial transitada em julgado, é de se contar da data do trânsito o prazo previsto no artigo 168 do CTN. Neste sentido:

Número do Recurso: 134370

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10280.002654/98-46

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO

Recorrida/Interessado: DRJ-BELEM/PA

Data da Sessão: 23/08/2006 09:00:00

Relator: VALMAR FONSECA DE MENEZES

Decisão: Acórdão 301-33068

Resultado: DPU - DADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Decisão: Por unanimidade de votos, afastou-se a preliminar de prescrição do direito de pedir restituição. No mérito, por unanimidade de votos, deu-se provimento ao recurso. Fez sustentação oral o advogado Dr. Armildo Vendramin OAB/PA nº : 7854 e esteve presente o advogado Dr. Aldebaro Cavaleiro de Macedo Klautau Filho OAB/PA nº 530.

Ementa: PRESCRIÇÃO. INCORRÊNCIA. O prazo para solicitar a restituição decorrente de sentença judicial nasce com o trânsito em julgado da ação. Preliminar de prescrição afastada.

DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO –A decisão judicial transitada em julgado é norma individual e concreta de carácter compulsório para a administração pública
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Número do Recurso: 131159

Câmara: QUARTA CÂMARA

Número do Processo: 16327.002268/00-15

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: RESTITUIÇÃO/COMP PIS

Recorrente: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS

Recorrida/Interessado: DRJ-SÃO PAULO/SP

Data da Sessão: 26/04/2006 09:00:00
Relator: Nayra Bastos Manatta
Decisão: ACÓRDÃO 204-01186
Resultado: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA
Texto da Decisão: Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Flávio de Sá Munhoz. Fez sustentação oral pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o Dr. Alexey Fabiani Vieira Maia.
Ementa: NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito, no caso de ação judicial própria, é o da data do trânsito em julgado da decisão judicial definitiva que reconheceu o indébito. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO DO PRAZO. Apenas a citação válida interrompe o prazo prescricional. A simples interposição de ação de execução de honorários advocatícios, sem que a União tenha sido citada acerca da compensação que a recorrente deseja efetuar, não interrompe o prazo prescricional. Recurso negado.

No caso específico dos autos, em que o contribuinte pretende executar, via administrativa, decisão que transitou em julgado pelo Poder Judiciário, poder-se-ia aplicar a Súmula nº 150, do Supremo Tribunal Federal, que diz: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

Nestas mesmas linhas, podemos citar o emérito doutrinador Aliomar Baleeiro, que diz:

"...o prazo de cinco anos do artigo 168 é de decadência e, portanto, não pode ser interrompido. Vencedor o sujeito passivo tem de pleitear a restituição dentro dessa dilação, contada da extinção do crédito tributário, por qualquer meio admitido no Código Tributário Nacional, nos casos dos incs. I e II do art. 165. E da data que se tornar definitiva, isto é, irrecorrível a decisão administrativa ou judicial que anulou, reformou ou rescindiu a decisão condenatória, no caso do inc. III..." (Baleeiro, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pgs. 520-521)

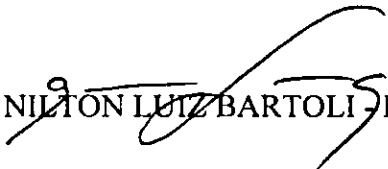
Destarte, chego a conclusão de que o prazo prescricional para pleitear a restituição/compensação, nos termos do que fora proferido em sentença judicial transitada em julgado (88/111), é de 5 anos, a contar do trânsito em julgado da sentença judicial.

Enfim, compulsando os autos e vendo que ocorreu o trânsito em julgado da decisão judicial em 04/10/1995, e que o contribuinte só se socorreu da via administrativa para pleitear a compensação em 29/08/2003, não há como se desvincular da prescrição, haja vista que decorridos quase 8 anos entre as duas datas.

Diante do exposto, nos termos da Súmula nº. 5, deste Eg. Terceiro Conselho de Contribuintes, deixo de tomar conhecimento acerca do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2007


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator