



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.013417/00-29
SESSÃO DE : 06 de novembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829
RECURSO Nº : 126.531
RECORRENTE : THE CLUB BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TERMO INICIAL. CONTAGEM DE PRAZO. PRESCRIÇÃO. RESTITUIÇÃO.

O sujeito passivo tem direito à restituição do indébito tributário, independentemente de prévio protesto, seja qual for a modalidade de pagamento, devido em face da legislação tributária aplicável (CTN, art. 165-I).

COMPENSAÇÃO.

A compensação de créditos tributários é possível, mercê do disposto no Art. 1.º do Decreto n.º 2.138/97 e em Instruções Normativas SRF decorrentes.

CONTAGEM DE PRAZO.

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:

- da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- da Resolução do Senado que confere efeito "erga omnes" à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

Obs.: igual decisão prolatada no Ac. CSRF/01-03.239.

TERMO INICIAL.

Ante a falta de ato específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU, serve como o referencial para a contagem.

PRESCRIÇÃO.

A ação para a cobrança do crédito tributário pelo sujeito passivo prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

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, para afastar a decadência e devolver o processo à DRJ, para julgamento do mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Roberta Maria Ribeiro Aragão. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Sérgio Fonseca Soares e José Lence Carluci votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 06 de novembro de 2003

MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

17 FEV 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA.

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829
RECORRENTE : THE CLUB BAR E RESTAURANTE LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

Trata-se de solicitação de restituição/compensação, em requerimento protocolizado em 31/08/2000, relativamente aos recolhimentos da contribuição para o FINSOCIAL efetuados com base em alíquotas superiores a 0,5%, no período de 17/09/1990 a 15/04/1992.

Na impugnação (fls. 32/34), a contribuinte insurge-se contra o indeferimento ocorrido, no âmbito da DRF/São Paulo, e traz à colação o Decreto nº 92.698, de 21/05/86, por lhe assegurar em seus artigos 121 e 122, o prazo de dez anos para pleitear restituição/compensação dos pagamentos feitos a maior:

"Art. 121 – Far-se-á a restituição ou ressarcimento mediante as seguintes sistemáticas:

I – restituição do indébito a requerimento do sujeito passivo;

.....
Art. 122 – O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados (Decreto-lei nº 2.049/83, art. 9.º):

I – da data do pagamento ou recolhimento indevido;

.....

A Autoridade de Primeira Instância (folhas 39/44) conheceu do requerimento de impugnação, porém, rechaçou a legitimidade do prazo decenal previsto no supramencionado Decreto nº 92.698/86, alegando que a Constituição Federal não o recepcionou no Art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Prosseguindo, asseverou que a definição do prazo prescricional cabível para a consecução da restituição do FINSOCIAL contém-se na Lei nº 5.172/66 – Código Tributária Nacional, o qual no artigo 170 pressupõe a existência de crédito líquido e certo, e mais, que a apreciação do pedido de restituição/compensação dependeria de seu cabimento e tempestividade; quanto a esta última condição, o prazo estipulado para a restituição poder ser requerida estaria definido no artigo 168, inciso I, do CTN:

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;

.....”

Além disso, por se tratar de contribuição sujeita a lançamento por homologação, a data da extinção do crédito acima referida estaria suficientemente explícita no § 1.º do artigo 150 do CTN:

“Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1.º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

.....”

A propósito da natureza da condição resolutória, aquela Autoridade minucia com ênfase a eficácia do ato jurídico enquanto ausenta a concretização da condição, citando, inclusive, o artigo 119 do Código Civil anterior:

“Art. 119 – Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe.”

Com o intuito de esclarecer mais a matéria, é citado Alberto Xavier: “..... Ora, sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, imediata é a extinção definitiva do crédito.” Desse arrazoado flui a conclusão concreta de que o pagamento antecipado extingue o crédito tributário e seria a partir da data de sua efetivação que se contaria o prazo quinquenal do direito de pleitear a restituição.

Como os pagamentos reclamados situam-se no intervalo de 17/09/90 a 15/04/92, o pedido de restituição, protocolizado em 31/08/2000, está muito além do termo final, 15/04/97, que possibilitaria o atendimento com vistas à restituição.

Por isso tudo, indeferiu o pedido de reconhecimento do direito creditório, perorando com a citação da AD SRF n.º 96/1999:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

"I – o prazo para que o pagamento possa pleitear a restituição 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 – Art. 165, I, e 168, I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

Em consequência dessa denegação, a recorrente interpôs o recurso voluntário de folhas 45/47, peça que reproduz os mesmos dizeres utilizados na impugnação.

É o relatório.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the right.

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

VOTO

Preliminarmente, faz-se necessário lembrar que o pagamento do FINSOCIAL, com base em alíquotas superiores a 0,5%, sobreveio com a edição da Lei n.º 7.689/88 – Art. 9.º - com fulcro, ainda, nas Leis n.ºs 7.787/89 – Art. 7.º - n.º 7.894/89 – Art. 1.º - e 8.147/90 – Art. 1.º.

Com relação a esses dispositivos, o STF, em sessão plenária de 16/12/92, apreciando o *leading case* do FINSOCIAL, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, declarou a inconstitucionalidade do **art. 9º da Lei nº 7.689/89** e demais disposições que majoraram a sua alíquota; por conseguinte, preservou-se a exigência da alíquota de 0,5% (meio por cento) para as empresas contribuintes, no exercício de 1989 em diante, até a vigência da Lei Complementar nº 70/91, que criou a COFINS.

Tais fatos não foram relatados nos autos, porém, fazendo jus ao princípio do livre convencimento (Art. 131 do CPC), a eles se recorrerá sempre que necessário, a fim de arrimar livre convicção indispensável a um julgamento justo.

A propósito, da leitura do presente processo transparece a **aceitação, pela Autoridade de Primeira Instância, da inconstitucionalidade acima suscitada, o que deveria conduzir à restituição do tributo pago a maior**, não fosse a contestação da tempestividade movida por aquele Colegiado, que levou ao indeferimento da petição.

Tal atitude fundamentou-se em tese baseada em citações e argumentos não condizentes com as circunstâncias que envolvem os fatos analisados, como se provará no desenvolvimento do trabalho atual.

Nesse passo, transcrevo parte do voto do Acórdão CSRF/01-03.225, de 19/03/2001, de origem da lavra do Conselheiro Antonio de Freitas Dutra – Presidente da 2.ª Câmara do Primeiro Conselho:

Em que momento houve a extinção do crédito tributário ? A resposta mais óbvia seria – no mês que o imposto passou a indevido. As regras definidas pelos artigos 165 e 168 da Lei n.º 5.172 de 25/10/66 – Código Tributário Nacional, pelas características próprias do caso em pauta, não podem ser literalmente aplicadas. não há como aplicar a regra inserida no inciso I do art. 168 do CTN que o direito de pleitear a restituição é de cinco anos da extinção do crédito tributário. Primeiro, porque na época era incabível qualquer pedido de restituição uma vez que,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

até então, esta espécie de rendimento era considerada tributável, tanto na esfera administrativa como na judiciária. Segundo, em nome do princípio de segurança jurídica não se pode admitir a hipótese de que a contagem para o exercício de um direito TENHA INÍCIO antes da data de sua AQUISIÇÃO. Como é que o contribuinte poderia pedir RESTITUIÇÃO daquilo que legalmente foi retido e recolhido ? O contribuinte só adquire o direito de requerer a devolução daquele imposto, que num dado momento foi considerado indevido, por um novo ato legal ou por decisão judicial transitada em julgado. No caso aqui enfocado, aplica-se a norma inserida no inciso I da art. 165 do Código Tributário Nacional. No momento que o pagamento do imposto foi considerado indevido, cabe à administração por dever de ofício, devolvê-lo. A regra é a administração devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-lo a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução

O cogitado momento aventado pelo i. Conselheiro, no presente caso, seria a declaração de inconstitucionalidade do Art. 9.º da Lei nº 7.689/88 pelo STF, quando, em sessão plenária de 16/12/92, apreciou o Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE.

Como sucessão da referida declaração de inconstitucionalidade, era de esperar-se manifestação do Senado Federal para suspender, em definitivo, a executoriedade do mencionado artigo 9.º da Lei nº 7.689/88, consoante os termos do artigo 52, X, da Constituição Federal:

*"Art. 52. * Compete privativamente ao Senado Federal:*

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

** EC n.º 19/98 e EC n.º 23/99*

Porém, acerca da matéria omitiram-se, tanto o Senado Federal, quanto a Secretaria da Receita Federal e a PGFN, apesar do acima citado e do disposto no Decreto nº 2.346/97, 4.º, III:

"Art. 4.º - Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

declare a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

.....
III – sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;”

Eis que, então, sobreveio a Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95 (Art. 17, III), **publicada no D.O.U. de 31/08/95** (que mais tarde se consolidou na Lei nº 10.522, de 19/07/2002), que, no entender deste relator, conseguiu suprir a lacuna decorrente da inanição dos órgãos competentes em corrigir os efeitos e lesões causados ao contribuinte, por lei declarada inconstitucional.

Medida Provisória nº 1.110/95:

“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 artigo 9.º da Lei n.º 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis n.ºs 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.”

Nesse patamar, em que pese às contra-razões supra-expostas, ainda não foi derrubado o último argumento trazido pela Autoridade de Primeira Instância, em prol do início da contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir do momento da extinção do crédito tributário, calcado no contido no Art. 150, § 1.º, do CTN:

“Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1.º - o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

Preconiza aquele Colegiado, com base no parágrafo supra, que, não se tendo cumprido a condição resolutória, ocorreu a eficácia imediata do ato jurídico; no presente caso, teria ocorrido a extinção do crédito, uma vez que houve a efetivação do pagamento, mesmo que a maior, despontado a partir da declaração de inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL.

Entende este relator ser o raciocínio acima desenvolvido plenamente válido, **contanto que se trate, exclusivamente, de crédito do Fisco.**

Isso, porque não foi intenção do legislador estender o ditame acima transcrito a nenhum crédito do sujeito passivo, por duas razões:

1ª - a preocupação precípua do legislador ao instituir os dispositivos constituintes da Lei 5.172/66 - CTN, sempre foi de primar por salvaguardar os direitos da Fazenda Nacional; aliás, quando alguma referência existe, com relação a crédito do contribuinte, tal fato se reveste da devida clareza e ênfase como a conferida aos artigos 165 a 169 da Seção III, da referida Lei - CTN, que, obviamente, não abarca o discutido artigo 150.

2ª - se, por hipótese, admitir-se o alcance do sentido do contido no artigo 150, § 1.º, a créditos do contribuinte, chega-se ao absurdo de deixá-lo indefeso à mercê da arbitrariedade da outra parte que, a exemplo do caso em análise, manteve-se omissa no tocante à devolução do quantum cobrado indevidamente e quedou-se inerte no cumprimento da condição resolutória inerente ao mencionado parágrafo primeiro, perdendo oportunidade de sanar lesão imposta à parte contrária.

Vem a corroborar esse entendimento, as disposições dos artigos 122 e 129 da Lei nº 10.406/2002:

"Art. 122 - ; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes." (g.n.)

Art. 129 - Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer,

Do exposto, fica assentado que o § 1.º, do Art. 150 do CTN, cinge-se aos créditos constituídos pela União, não se aplicando aos pagamentos efetuados a maior que o devido, como no caso em lide; em consequência, não há como prosperar a tese da decadência do pleito da recorrente.

No caso em comento, a autoridade fiscal não se pronunciou em tempo hábil, ou seja, em cinco anos contados da ocorrência do fato gerador,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.531
ACÓRDÃO Nº : 301-30.829

caracterizado pela data da divulgação da MP n.º 1.110/95, 31.08.75, provocando, destarte, a decadência.

A partir desse momento, materializando-se o direito do contribuinte, nos termos do Art. 174 do CTN, adiante transcrito, dispõe o mesmo de mais cinco anos para promover a cobrança do crédito, ou seja, para se ressarcir do indébito tributário.

“Art. 174 – A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados data de sua constituição definitiva”

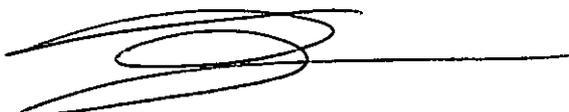
Contrariu sensu, a autoridade administrativa condicionou, equivocadamente, a extinção do crédito simplesmente ao pagamento (ADN/SRF n.º 96/98), não procedendo à competente homologação. Nesse caso, pagamento e homologação são pressupostos que espelham a relação contribuinte-fisco e vice-versa, não devendo existir a preterição de um ou de outro.

Corroboram nossa tese os julgados adiante mencionados, quais sejam: no âmbito dos Conselhos de Contribuintes AC. CSRF/01-03.239/01 e AC. 302-34.812. No âmbito do STF, Tribunal Pleno, RE n.º 150764-PE, Ementário n.º 1698-08, DJ 02/04/93.

Ante o exposto, conheço do recurso, para no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 06 de novembro de 2003



MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator