



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13672.000110/2001-08
SESSÃO DE : 07 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322
RECURSO Nº : 126.631
RECORRENTE : ORGANIZAÇÃO COMERCIAL JP LTDA.
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
PRESCRIÇÃO.

O prazo para requerer o indébito tributário oriundo de inconstitucionalidade de lei que havia majorado alíquota do FINSOCIAL além de 0,5%, é de cinco anos, contado de 12/06/98, data da publicação da Medida Provisória n.º 1.621-36/98, mediante a qual o Poder Executivo ensejou, inequivocamente, a possibilidade de a parte interessada fazer a petição.

Recurso voluntário provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Brasília-DF, em 07 de julho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, ATALINA RODRIGUES ALVES, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES.

RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322
RECORRENTE : ORGANIZAÇÃO COMERCIAL JP LTDA.
RECORRIDA : DRJ/JUIZ DE FORA/MG
RELATOR(A) : OTACÍLIO DANTAS CARTAXO

RELATÓRIO

Versa a matéria sobre pedido de restituição/compensação com a COFINS (fls. 03/04) de indébito tributário de FINSOCIAL, em virtude de pagamentos efetuados pela recorrente, com alíquota superior a 0,5%, no período de set/89 a jul/91, com base nas Leis nºs 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, julgadas inconstitucionais pelo STF.

Para instruir o pleito, a interessada anexou cópias de documentos probatórios (DARFs e DIRPJs) dos pagamentos de que se trata.

Na oportunidade, alega que o direito ao pleito da repetição do indébito somente se extingiria em dez anos após a ocorrência do fato gerador do pagamento indevido, da seguinte forma:

- cinco anos para homologação e extinção do crédito tributário;
- cinco anos para a repetição do indébito, segundo entendimento já pacificado pela jurisprudência do STF.

A DRF/Varginha-MG, em Despacho Decisório (fls. 51/54) indeferiu o pedido, sob a argumentação de que a extinção do crédito tributário operou-se com o pagamento antecipado, por tratar-se de lançamento por homologação, sob a condição resolutória de ulterior homologação do lançamento (Art. 150, § 1º).

Assim, o direito de pleitear a restituição de pagamento efetuado a maior que o devido extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção acima indicada (art. 168, I e 165, I e II, do CTN).

Ora, quando da protocolização do pedido, em 20/09/2001, ou seja, bem mais de cinco anos após a efetivação do último pagamento, em agosto/91 (fl. 05 e DARF de fl. 14), já havia decaído do direito de solicitar a restituição/compensação, relativo ao processo.

Por fim, enfatizou ser a atividade da Administração vinculada, e, como tal, tinha de cingir-se ao entendimento da SRF; a propósito, menciona (fls. 52/53) elenco de atos normativos relativos ao tema:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

- Pareceres PGFN/CAT nºs 550 e 678/99;
- Nota COSIT nº 321/99;
- Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99;
- AD SRF 96/99; e
- Parecer COSIT nº 58/98.

À folha 53 transcreve o item I do AD SRF 96/99, onde determina o prazo de cinco anos para reaver indébitos, inclusive na hipótese de os pagamentos terem sido efetuados com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

A contribuinte lança a manifestação de inconformidade às folhas 58/67, na qual reforça o entendimento exarada no pleito dirigido à DRF/Varginha/MG e realça a tese de que o direito de pleitear a cogitada restituição/compensação junto à esfera administrativa afloraria após a declaração de inconstitucionalidade, quando pela via direta, e após a suspensão da lei pelo Senado Federal, quando pela via indireta, conforme citações de decisões do STJ.

Argumenta que o Art. 18, § 2º da MP nº 1.699/98, que já constava da MP nº 1.110/95, Art. 17, adquire os mesmos efeitos de Resolução do Senado, e lembra que recente Acórdão/CSRF atribui tais efeitos a ato administrativo que reconheça a ilegalidade da cobrança, no que se enquadraria a IN SRF nº 31, de abril de 1997, o que estenderia o prazo para requerer indébitos tributários da espécie, até abril/2002.

A DRJ/Juiz de Fora/MG (fls. 71/74) indefere a solicitação, seguindo em suas razões a mesma linha de pensamento da DRF/Varginha/MG, centrando-se no Art. 150, §§ 1º e 4º do CTN, ao explorar, principalmente, a condição resolutória inerente ao § 1º. Segundo essa condição, em a Autoridade não se manifestando, o crédito se extingue com o pagamento, cuja data inicia a contagem do prazo quinquenal para a cobrança dos indébitos.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade, por ser questão não oponível na esfera administrativa, conforme orientação do PN/CST nº 329/70, deixou de ser examinada, por transbordar o limite da competência para o julgamento de matéria do ponto de vista constitucional.

A interessada recorre, então, a este Conselho (fls. 80/91), 20 dias após a oposição da ciência (em 31/07/02) no AR de folha 78, portanto, em tempo hábil.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

No recurso voluntário, repete os argumentos sustentados na Manifestação de Inconformidade, acrescentando que teria sido incabível o pleito da restituição/compensação, antes da homologação expressa ou tácita, nos cinco anos após o pagamento, pois ainda não havia sido constituído o direito para tal procedimento.

Para cogitar-se decadência ou prescrição seria necessário que o direito fosse exercitável, no caso, exigível. Porém, antes de a lei ser declarada inconstitucional, sequer a expectativa de tal direito existia; até então, por presunção, eram a lei constitucional, e, em consequência, devidos os pagamentos efetuados.

Além disso, mesmo com a decisão do STF, em vista de seu caráter difuso, a contribuinte tinha sido impedida de exercer seus direitos, por força de atos normativos/SRF que vedavam a compensação; não obstante, a Medida Provisória nº 1.110/95 (DOU de 31/08/95), no seu Art. 17, restabeleceu esta possibilidade.

Aduzindo, o ato normativo que reconheceu a ilegalidade da cobrança, segundo decisão/CSRF, seria a IN/SRF nº 31, de abril/97. Segundo esta Instrução Normativa, o prazo para a formalização do pleito relativo os valores/FINSOCIAL pagos a maior esgotar-se-ia, apenas, em abril/2002.

Em seguida assegura que a análise do pleito não transpõe o limite da competência da Autoridade de 1ª Instância, como fora alegado na decisão recorrida; e mais, que é comum nos meios fazendários confundir-se declaração jurisdicional de inconstitucionalidade da lei, que é apanágio do Poder Judiciário, com aplicação do princípio da legalidade ao caso concreto. Como base legal, cita, no início da folha 89, o Art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 2.346/97.

Defende a prerrogativa de o contribuinte poder, quando lhe convier, efetivar a compensação no momento de recolher o tributo, dispondo o Fisco do prazo quinquenal para homologar o lançamento.

Em conclusão requer aos conselheiros que declarem a existência de crédito a compensar ou restituir, decorrente de recolhimentos indevidos do FINSOCIAL, conforme cálculo e planilhas anexadas ao presente processo, determinando a homologação das compensações já efetivadas

É o relatório.



RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

VOTO

O recurso voluntário (fls. 80/91), tendo sido apresentado vinte dias após a oposição da ciência à decisão de 1ª instância, no AR de folha 78, cumpre o prazo legal à sua interposição, motivo por que passo a analisá-lo.

Ao final de sua petição, a requerente solicita aos conselheiros que declarem a existência de crédito a compensar ou restituir, decorrente de recolhimentos indevidos ao FINSOCIAL.

Não obstante, ao que transparece dos autos, o reconhecimento da existência de tais créditos, em virtude da declaração de inconstitucionalidade das leis sob cuja égide se efetivaram os pagamentos a maior, está implícito nas manifestações da DRF/Varginha/MG e da DRJ/Juiz de Fora/MG, uma vez que, praticamente, se restringiram a apegar-se ao ponto do **decurso de prazo de cinco anos para efetivação do pedido de restituição/compensação**, sustentando como termo *a quo a data do pagamento*, coincidente com a extinção do crédito tributário (Arts. 168, I; e 150, § 1, da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Defende a Autoridade de 1ª instância que, em não se realizando cláusula resolutória inerente ao § 1º, do Art. 150, do CTN, ou seja, não tendo a Fazenda procedido à homologação, vigora de plena eficácia o ato jurídico consumado pelo pagamento antecipado, inclusive a concomitante extinção do crédito tributário, consoante dispõe o Art. 156, inciso VII, do CTN.

Ora, tendo o último pagamento ocorrido em agosto/91, o decurso de cinco anos para a efetivação de pedido de restituição/compensação se encerraria em agosto/96, como visto, bem antes da entrega do pleito, em 20/09/2001, à repartição da SRF.

Veja-se, segundo o ponto de vista acima, bastaria, como bastou, a inércia por parte do Fisco para que o prazo quinquenal se esvaísse sem que a contribuinte pudesse sequer esboçar qualquer pedido, já que os recolhimentos em questão tinham sido legitimamente retidos à sombra de lei ainda não declarada inconstitucional – de notar, o exame/STF do RE 150.764/PE sobre tal inconstitucionalidade, ocorreu com o julgamento, em 16/12/92, e foi publicado no DOU, em 02/04/93, sem que a interessada figurasse com parte.

Em outras palavras, a contribuinte, segundo essa tese, ficou à mercê de poder arbitrário, ou seja, ao sabor do cumprimento ou não, pelo Fisco, da condição resolutiva incrustada no § 1º, do Art. 150, do CTN – a efetivação da homologação.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

É de se convir que essa lógica não pode prosperar.

Esse, julgador, arrimado e motivado pelo Art. 131, da Lei nº 5.869/73 (CPC)¹, entende que o referido parágrafo foi instituído com o fito de salvaguardar os interesses da Fazenda, sendo incabível e improcedente estender seus efeitos a créditos oponíveis ao Fisco.

Isso porque, a tese contrária, defendida na decisão recorrida, incorre em sérios reveses frente aos Arts. 122 e 129 da Lei nº 10.406/2002², que institui o Código Civil.

Daí, exsurge a conclusão de que o pleito em lide, por constituir-se indébito tributário, não pode enquadrar-se no discutido § 1º, do Art. 150, da Lei nº 5.172/66 (CTN). Aliás, em geral, os autores são explícitos em referir-se a crédito tributário da Fazenda, quando abordam o assunto; por exemplo, Aliomar Baleeiro³ (Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, 10ª Ed., 1993, p. 521) que é específico em destacar essa vinculação com o sujeito ativo.

Por isso, assiste razão à interessada quando assevera ser necessário que o direito seja exercitável, no caso em questão, exigível, para contar-se o decurso de prazo. Porém, antes de a lei ser declarada inconstitucional, tal prerrogativa inexistia, pois, até então, por presunção, era considerada a lei constitucional e devidos os pagamentos por ela albergados.

Aduzindo, em vista do caráter difuso da solução do STF, a contribuinte tinha sido impedida de exercitar seus direitos por atos normativos/SRF que vedavam a compensação; mas a Medida Provisória nº 1.110/95, publicada no DOU de 31/08/95, restabelece essa possibilidade.

¹ Art. 131 – O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01/10/1973)

² 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,

³ Pelo Art. 150, o pagamento é aceito antecipadamente, fazendo-se o lançamento *a posteriori*; a autoridade homologa-o, se exato, ou faz o lançamento suplementar, para haver a diferença acaso verificada a favor do Erário. É o que se tora ais nítido no § 1º deste dispositivo, que imprime ao pagamento antecipado o efeito de extinção do crédito, sob a condição resolutória de ulterior homologação. Negada essa homologação, anula-se a extinção abre-se oportunidade a lançamento de ofício. (g.n.)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº . : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

A respeito, há que se coadunar a Medida Provisória nº 1.110/95 com o Decreto nº 2.346/97, no seu artigo 1^o, que estabelece os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em relação a decisões judiciais, na esteira da autorização concedida pela Lei nº 9.430/96, Art. 77.

Assim, a cogitada Medida Provisória subsume-se à norma disciplinadora abaixo transcrita, conforme dispões seu Art. 17⁵.

A alteração promovida pelo Poder Executivo, concernente ao § 2º da MP em tela, mediante a edição da MP nº 1.621-36⁶, de 10/06/98 (DOU de 12/06/98), possibilita a restituição de quantias pagas quando requeridas pela parte interessada.

Com tal retificação, despontou o marco inicial adotável para a ação de cobrança ventilada no Art. 174 da Lei nº 5.172/66 (CTN)⁷.

O dispositivo previsto na MP 1.621-36/98 transformou-se no Art. 18, da Lei nº 2.522/2002, e retratou o reconhecimento da Administração Pública para estender o direito de os contribuintes pleitearem a restituição das contribuições pagas em valor maior do que o devido.

No presente caso, tendo sido a petição protocolizada em 02/10/2000, não há que se cogitar prescrição.

⁴ Art.º - 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 aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.
(.....)

§ 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.

⁵ 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 7.87, de 30 de junho de 1989, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990;

(.....)

§ 2º - O disposto neste artigo a não implicará restituição de quantias pagas (g.n.)

⁶ Art. 17

(.....)

§ 2º - O disposto neste artigo não implicará restituição *ex officio* de quantias pagas.

⁷ Art. 174 – A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.631
ACÓRDÃO Nº : 301-31.322

Sobre a análise do mérito, não pode progredir a alegação de incompetência para afastar a aplicação de lei em virtude de inconstitucionalidade, uma vez que o Art. 22A⁸ do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com redação dada pela Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, dispõe sobre o tema, subsumindo-se, assim, o caso em análise, ao inciso II do citado artigo.

Como na decisão recorrida, apenas foi julgada a questão da decadência/prescrição, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar que haja supressão de instância, entendo deva o processo ser devolvido à DRJ para apreciação do mérito.

Conheço, pois, do recurso, por satisfazer aos requisitos formais à sua admissibilidade, para aceitar a arguição da recorrente da não-exaustão do prazo quinquenal para pleitear a restituição, ao tempo em que determino o retorno dos autos à DRJ de origem para apreciar o mérito do pedido.

É como voto.

Sala das Sessões, em 07 de julho de 2004



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO – Relator

⁸ Art. 22^A - 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, ou ato normativo:

I - (.....)

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

III - (.....)