



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 13766.000694/99-24
Recurso nº 342.619 Voluntário
Acórdão nº 3101-00.379 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2010
Matéria RESTITUIÇÕES DIVERSAS
Recorrente AGRO SUL COMÉRCIO DE RAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
CONTAGEM DE PRAZO PRESCRICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA.

O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é de cinco anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito. O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo "a quo" para o pedido de restituição começa a contar da data da edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00. Precedentes da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

NORMAS PROCESSUAIS. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

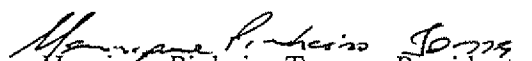
Em homenagem ao princípio de duplo grau de jurisdição, a materialidade do pedido deve ser apreciada pela jurisdição *a quo*, sob pena de supressão de instância.

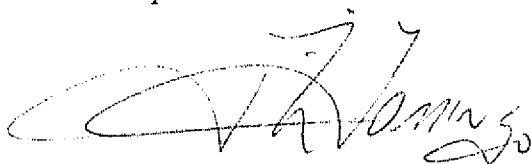
Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos à DRJ

para apreciação das demais matérias. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres e Corintha Oliveira Machado votou pelas conclusões.


Henrique Pinheiro Torres - Presidente



Luiz Roberto Domingo - Relator

EDITADO EM: 29/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Tarásio Campelo Borges, Corintha Oliveira Machado, Luiz Roberto Domingo, Vanessa Albuquerque Valente e Valdete Aparecida Marinho.

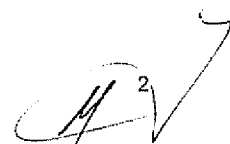
Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (fls. 58/63) interposto contra a decisão da DRJ do Rio de Janeiro (fls. 58/63), que julgou improcedente a manifestação de inconformidade (fls. 43/48) ao manter a negativa do pedido de restituição/compensação (fls. 01 e 02), formulado pela Recorrente, sob o fundamento de se tratar de crédito com prazo decadencial já expirado.

Em 22/07/1999 a Recorrente manejou pedidos de restituição/compensação referentes aos valores que recolheu a título de FINSOCIAL, no período compreendido entre outubro de 1989 e maio de 1991, fundamentando tratar-se de contribuição cujas alíquotas foram inconstitucionalmente majoradas, segundo decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O pedido foi indeferido em sede do despacho decisório nº 337/99 (fls. 39/40) sob o fundamento de que *o prazo para pleitear a restituição de tributo e contribuições pagos indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após cinco anos, contados da data da extinção do crédito.*

Insatisfeita com este resultado, a Recorrente manejou sua “manifestação de inconformismo” aduzindo, em síntese, que: i) com base nas decisões proferidas nos autos dos Recursos Extraordinários nº 150/764-1/PE e 170.482-9/RS, em que o STF declarou a inconstitucionalidade das normas que majoraram a alíquota do FINSOCIAL e também com base na decisão proferida nos autos da Ação Ordinária 91.0002195-4 – 4ª Vara Federal de Vitória/ES – tem a recorrente o direito à restituição/compensação dos valores que também recolheu a maior, por exigência destas normas; ii) o prazo decadencial do direito à compensação/restituição é de 10 anos, por força do disposto pelo art. 150, §4º, 156, VII e 174, III, todos do CTN; iii) a ação judicial movida pela Recorrente, relativa aos autos do processo nº 91.0002195-4, da 4ª Vara Federal da Subseção Judiciária do Espírito Santo é capaz de interromper o prazo prescricional para pleitear a restituição/compensação de tributos pagos a maior.



A DRJ, ao analisar o feito, indeferiu o pedido da Recorrente, conforme a seguinte ementa:

INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

A decadência do direito de pleitear restituição de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

CRÉDITO OBJETO DE DISCUSSÃO JUDICIAL

Não há que se falar em interrupção da prescrição do prazo para pleitear restituição, quando não há comprovação de que objeto do pleito administrativo seja o mesmo da discussão judicial.

Solicitação Indeferida.

Intimada desta decisão em 25/03/2008, a Recorrente apresentou seu Recurso Voluntário em 24/04/2008, aduzindo basicamente os mesmos argumentos lançados na oportunidade da manifestação de inconformidade, acrescentando apenas que seu pedido foi feito com base no art. 74 da Lei 9.430/96, pois os créditos já foram declarados existentes por meio da Medida Cautelar Inominada nº 93.000.3668-8 e da Ação Ordinária Declaratória nº 94.005988-4, em trâmite perante a E. 1ª Vara Federal de Vitória/ES, requerendo apenas sua realização administrativa e reforça que o prazo decadencial para seu direito é de 10 anos contados da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF., por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação.

A recorrente, nesta oportunidade, faz prova de suas alegações juntado acompanhamento, obtido pela *internet*, do referido processo – Ação Ordinária 94.005988-4 – em que se observa a disposição expressa da sentença condenado a *União Federal à obrigação de não obstar a compensação do que foi recolhido a maior em decorrência da majoração da alíquota do FINSOCIAL* (fls. 81), cujo trânsito em julgado se deu em 24/08/2006.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Luiz Roberto Domingo, Relator

Conheço do recurso por ser tempestivo e atender os demais requisitos de admissibilidade.

O primeiro ponto que merece destaque é que muito se falou em fluência do prazo decadencial. Contudo, é importante ressaltar que não se trata de discussão versando sobre o prazo decadencial, mas sim prescricional.



Para fixar de forma inequívoca a diferença de conceitos, vejamos como Maria Helena Diniz aborda a questão:

DECADÊNCIA Extinção do direito potestativo pela inação de seu titular que deixa escoar o prazo [...] fixado para seu exercício. Seu efeito direito é a extinção do direito em decorrência de inércia do titular para seu exercício [...] p.13

PRESCRIÇÃO. [...] extinção de uma pretensão, em virtude da inércia de seu titular, durante certo lapso de tempo [...] p.808

Como vimos, a decadência e a prescrição se diferem no sentido de que a primeira, com o transcurso do prazo, importa na perda do direito propriamente dito, enquanto que na segunda, o que se dá é o perecimento da pretensão, ou, melhor dizendo, do direito de ação. No caso da decadência, é interessante notar que, ocorrendo antes, a pretensão também perece, dada a perda de seu objeto.

Isto posto, adentrando um pouco mais na seara do direito tributário, observamos que a prescrição não extingue o crédito tributário, apenas retira-lhe o direito de ação. É a norma secundária eleita por Lourival Vilanova¹ que deixa de ter validade para a perseguição do direito. A prescrição não extingue nenhum direito substantivo; extingue o direito processual, o direito à ação.

Está, pois, mal colocada a prescrição ao lado da decadência como modalidade de extinção do crédito tributário, uma vez que esta se dá na forma indireta, isto é, ao perder o direito à ação o direito substantivo indiretamente perde sua capacidade de cogência jurídica. E embora, no art. 156, a norma refira-se primeiro à prescrição – “prescrição e a decadência” – ao defini-las, mais adiante, o legislador do Código inverteu acertadamente a ordem, dispondo no art. 173 sobre a decadência e no art. 174 sobre a prescrição.

As normas jurídicas veiculadas nesses artigos do CTN, esboçam conceitos mais exatos, a decadência refere-se à extinção do direito de constituir o crédito tributário (art. 173) – exercício da potestade pública – e a prescrição refere-se à perda do direito de ação para a cobrança do crédito tributário (art. 174), presumidamente não aplacado pela decadência; constituído.

Se assim podemos afirmar que há uma característica importante, em relação ao aspecto da aplicação do Direito no tempo, para precisar os momentos de ocorrência da decadência e da prescrição: a) a decadência se opera na fase de constituição do crédito (art. 173) e b) a prescrição se opera na fase de cobrança (art. 174).

Na dicção da norma jurídica veiculada no art. 174, a prescrição começa quando termina a contagem do prazo antes de ocorrer a decadência – na “data da constituição definitiva” do crédito tributário, o que mostra que a constituição definitiva do crédito tributário é o divisor de águas entre a contagem do prazo de decadência (que se torna inaplicável se o lançamento ocorreu antes de sua verificação) e a prescrição (que inicia sua contagem a partir do lançamento). Portanto, podemos perceber que a inércia da Fazenda seja para constituição seja para cobrança do tributário implica a extinção do direito; a extinção do crédito tributário.

Ora, destas premissas podemos concluir que só falaremos em prazo decadencial quando ainda estivermos antes da constituição definitiva do crédito tributário, pois, uma vez constituído, surge a pretensão, para o credor, de cobrar o valor lançado, utilizando-se para isso dos meios judiciais ou administrativos.

¹ Causalidade e Relação no Direito. 2ª ed., Saraiva, 1989.

Nesse contexto todo, como já vimos, o art. 174 é um importante instrumento norteador para nossas conclusões, pois, é expresso em determinar que o prazo prescricional será de 5 (cinco) anos contados da data em que o crédito se tornar definitivamente constituído, *in verbis*:

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

Adjacente a isso, temos que já é jurisprudência pacificada neste Conselho e na Câmara Superior de Recursos Fiscais acerca do prazo para solicitar a restituição e compensação do Finsocial recolhido em valor superior à alíquota de 0,5% é de cinco anos contados a partir da Medida Provisória 1.110/95, conforme segue:

FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – CONTAGEM DE PRAZO PARA DECADÊNCIA - O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito. O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo "a quo" para o pedido de restituição começa a contar da data da edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00. (Acórdão CSRF/03-04 306)

FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – CONTAGEM DE PRAZO PARA DECADÊNCIA - O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito. O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00. Não havendo análise do mérito do pedido em prestígio ao duplo grau de jurisdição afasto a decadência (prescrição) devendo o pedido ser remetido para primeira instância, para aferição dos cálculos apresentados. Recurso especial negado. (Acórdão nº. CSRF/03-04.230)

FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – CONTAGEM DE PRAZO PARA DECADÊNCIA - O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito. O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo "a quo" para o pedido de restituição



começa a contar da data da edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00 (CSRF/03-04 306)

Apesar de não comungar com essa tese, e não obstante estar erroneamente denominado como sendo decadencial o prazo, entendo que não prescreveu o direito da Recorrente de requerer a restituição de FINSOCIAL, tendo em vista que, de acordo com os requisitos postos na jurisprudência pacificada, o pedido de restituição foi protocolizado em 22/07/1999, ou seja, antes de 30/08/00.

Em seu argumento, contudo, a Recorrente aduz que o prazo prescricional foi interrompido por força do ajuizamento da primeira Ação Declaratória pelo Rito Ordinária – nº 91.0002195-4.

Neste contexto, o art. 174, parágrafo único, inciso I determinava, à época dos fatos, antes da Lei Complementar nº 118/05 que:

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

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I - pela citação pessoal feita ao devedor,

[...]

Isto quer dizer que, uma vez citada a Fazenda Nacional, nos autos do processo judicial movido pela Recorrente, a prescrição é interrompida, de modo que lhe assiste razão quando aduz não ter expirado *in albis* o prazo prescricional acima, o que, por mais esta via, corrobora com a argumentação favorável ao afastamento da prescrição para o crédito em tela.

Somado a isso, é imperioso destacar que à época em que o presente pedido administrativo foi manejado, não havia a exigência legal de que o crédito decorresse de decisão judicial com trânsito em julgado, por força do que dispunha o art. 74 da Lei 9.430/96, antes da alteração trazida pela Lei nº 10.637/2002, *in verbis*:

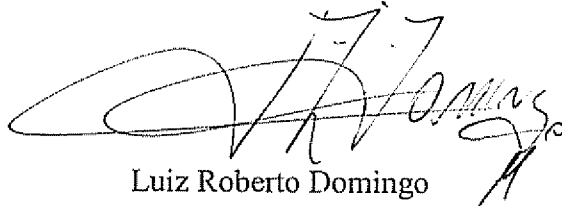
Art. 74. Observado o disposto no artigo anterior, a Secretaria da Receita Federal, atendendo a requerimento do contribuinte, poderá autorizar a utilização de créditos a serem a ele restituídos ou ressarcidos para a quitação de quaisquer tributos e contribuições sob sua administração.

Em cumprimento, portanto, ao princípio do *tempus regit actum* é perfeitamente possível que pedido formulado antes da referida alteração legislativa tenha sido feito sem o trânsito em julgado da decisão que reconheceu o crédito em favor do contribuinte, nos autos do processo nº 91.0002195-4 da E. 4ª Vara Federal de Vitória /ES.

Finalmente, uma vez afastada a prescrição, conforme se observa às fls. 81/83, devemos nos atentar para o fato, agora, de que a Recorrente obteve decisão judicial favorável no ano de 2003, nos autos do processo 94.000.5988-4 (com trânsito em julgado – fls. 83) em que foi reconhecido seu direito à compensação dos mesmos créditos aqui discutidos, de modo que tornou-se incontestável seu pedido manejado administrativamente, posto estar a Administração vinculada à decisão judicial transitada em julgado.

Quanto às demais matérias de mérito, entendo que elas devam ser analisadas, primeiramente, pela DRJ para, posteriormente, se houver necessidade, pelo Conselho de Contribuintes, em homenagem ao duplo grau de jurisdição.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao presente Recurso Voluntário, tendo em vista não ter sido caracterizada a prescrição do prazo para pleitear referida restituição/compensação, e determino o retorno dos presentes autos à DRJ para apreciar as demais questões de mérito.



Luiz Roberto Domingo