



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo nº : 13826.000047/98-80
Recurso nº : 129.402
Acórdão nº : 302-37.011
Sessão de : 11 de agosto de 2005
Recorrente : DESTILARIA ÁGUA BONITA LTDA
Recorrida : DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

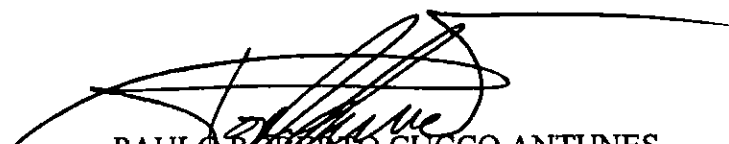
FINSOCIAL.

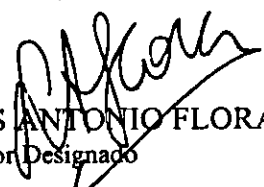
Pedido de Restituição/Compensação. Possibilidade de Exame. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Decadência do direito de Restituição/Compensação. Inadmissibilidade. *Dies a quo*. Edição de Ato Normativo que dispensa a constituição de crédito tributário. Duplo Grau de Jurisdição.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência, e pelo voto de qualidade, dar provimento ao recurso quanto ao mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Mércia Helena Trajano D'Amorim, relatora, Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Corinho Oliveira Machado e Maria Regina Godinho de Carvalho (Suplente). Designado para redigir o acórdão o Conselheiro Luis Antonio Flora.


PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em Exercício


LUIS ANTONIO FLORA
Relator Designado

Formalizado em: 08 MAI 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior e Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente). Ausente a Conselheira Daniele Strohmeier Gomes. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir:

“O interessado supra, solicitou às fls. 01/02, homologação da SRF para uma compensação do Finsocial dos valores excedentes a 0,5% nos períodos de apuração de 01/09/1989 a 31/08/1990, declarados inconstitucionais, com débitos de outros tributos que deixaram de ser recolhidos.

Para fundamentar o pleito, juntou a documentação de fls. 03 a 46. Posteriormente, em atenção a intimação da SRF, foram juntados os Darf originais, fls. 71 a 80 e a planilha de fl. 70.

Tendo em vista que a contribuinte obteve sentença judicial em seu favor, proferida na Ação Ordinária nº 94.0014404-0 e o disposto na Instrução Normativa SRF nº 21, de 1997 alterada pela Instrução Normativa nº 73, de 1997, foi solicitado ao contribuinte certidão de objeto e pé, vide fls. 82 a 84, como meio de prova de desistência judicial da ação ordinária e que tenha assumido as custas judiciais respectivas, inclusive honorários advocatícios.

Em virtude dessa intimação e de uma seguinte de fl. 97, foram apresentados os documentos de fls. 88 e 89 e de fls. 98 a 183.

Dando seguimento ao processo, a Delegacia da Receita Federal em Marília, emitiu o Parecer Saort nº 2002/555, às fls. 185 a 187, indeferindo o pedido de compensação pleiteado, pela falta de comprovação da desistência, perante o poder judiciário, da execução do título judicial, assumindo todas as custas do processo, especialmente os honorários advocatícios, com base na Instrução Normativa (IN) da SRF nº 21, 1997, art.17, alterada pela IN SRF 73, de 1997.

Inconformado com o Parecer da DRF em Marília, o contribuinte, requer a reforma da decisão impugnada, de forma que reste acatado o pedido de compensação, apresentando a impugnação de fls. 190 a 195, alegando em síntese que:

M. H. R.

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

2.1. O parecer não merece prosperar porquanto, na oportunidade do acordo para compensação, a recorrente foi orientada para apenas desistir da ação. Sem antes verificar a correta aplicação da IN SRF nº 21, de 1997, a Agência da Receita Federal em Assis aprovou a compensação, e esta se consumou sem incidente algum, por isso, o direito da Receita Federal de indeferir o acordo para compensação, nessas alturas, depois do consumado, está precluso;

2.2. A compensação se resumiu apenas ao crédito da recorrente, excluídos os honorários de seu advogado, que pertencem a ele com exclusividade, ainda que as partes façam acordo. Dessa forma a IN SRF 21, de 1997 é ilegal por afrontar o direito do advogado estabelecido na Lei nº 8.906, de 1994 (Estatuto do Advogado) e nesse sentido apresentou os julgados de fls. 192 a 194.”

O pleito foi indeferido, no julgamento de primeira instância, nos termos do acórdão DRJ/RPO no 4.198, de 19/09/2003, proferida pelos membros da 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, cuja ementa dispõe, *verbis*:

“Assunto: Normas de Administração Tributária

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/08/1990

Ementa: RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

AÇÃO JUDICIAL. PROPOSITURA. EFEITOS.

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial por qualquer modalidade e a qualquer tempo, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas.

RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO

É defeso à autoridade administrativa restituir indébito fiscal, sem que o contribuinte prove que desistiu da execução da sentença perante o poder judiciário e que tenha assumido as custas judiciais respectivas, inclusive honorários advocatícios.

Solicitação Indeferida.”

O interessado apresenta recurso às fls. 248/257 e documentos às fls. 258/263, repisando os argumentos anteriores e enfatizando que junta aos autos, nesta

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

oportunidade, a desistência da ação, a homologação e o trânsito julgado da mesma E que a compensação se resumiu apenas ao crédito da recorrente, excluídos os honorários de seu advogado, que pertencem a ele com exclusividade, ainda que as partes façam acordo. Portanto, a IN SRF 21/97 é ilegal por afrontar o direito do advogado estabelecido na Lei nº 8.906/94.

Requer, enfim, que seja deferido seu pleito.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até a fl. 267 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Conselho.

É o relatório.

Mth

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

VOTO

Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim, Relatora

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

Percebe-se nos autos, que além da necessidade da desistência judicial da ação ordinária é necessário que a empresa tenha assumido as custas judiciais respectivas, inclusive honorários advocatícios, porém, há que se verificar, preliminarmente, se o pedido de restituição e compensação ocorreu dentro do prazo limite para recuperação dos alegados indébitos.

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.

O pedido foi protocolizado em 27/02/98, conforme se constata em seu requerimento às fls. 01/02, documentos às fls. 03/46, planilha à fl. 70 e DARF originais às fls. 71/80 para o período entre 01/09/89 a 31/08/90.

Passo agora a transcrever integralmente o voto do Conselheiro José Luiz Novo Rossari da Primeira Câmara deste Conselho que acato e endosso na sua totalidade, passando assim ser o meu voto tendo em vista a matéria ter a mesma pertinência.

“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

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

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;

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 a hipótese de decisão em ação direta de inconstitucionalidade, esta dotada de efeito

M. H. S.

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

erga omnes, o que não se coaduna com a hipótese que fundamentou o pedido contido neste 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.

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

11/12/2

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

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)¹, 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)

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, *contrario sensu*, a restituição a partir de pedidos efetuados por parte dos contribuintes.

¹ 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.”

M/h

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

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.

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

11/11/98

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 CTN² e em outros tantos dispositivos legais da legislação tributária federal v.g. art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66³ e o Decreto nº 4.543/2002 – Regulamento Aduaneiro⁴.

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.

(...)

i) 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

² 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)

³ 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)

⁴ Art. 111 do Decreto nº 4.543/2002:

“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)

11/10/01

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

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 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;

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

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

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.

De outra parte, denota-se ter sido examinada tão-somente a questão da decadência, no julgamento de primeira instância. Assim, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendo descaber a apreciação do restante do mérito do pedido por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido à DRJ para o referido exame.

Diante das razões expostas, voto por que seja dado provimento ao recurso, para aceitar a alegação do recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição requerida, e para determinar o retorno do processo à DRJ de origem para apreciar o mérito do pedido no tocante aos demais aspectos concernentes ao processo de restituição/compensação".

Em vista da adoção do voto acima transcrito, com o qual concordo plenamente, voto pelo provimento ao recurso somente, para acatar a alegação do recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição requerida, e para determinar o retorno do processo à DRJ de origem para apreciar o mérito do pedido no tocante aos demais aspectos concernentes ao processo de restituição/compensação.

Ressalte-se que os membros da Segunda Câmara, por maioria de votos, afastou a decadência tendo em vista a Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, já que o pedido foi protocolado em 27/02/98.

Após a análise da preliminar, a recorrente obteve sentença favorável, em ação ordinária de repetição de indébito, transitada em julgado, e que condenou a União a devolver à autora o excedente da alíquota de 0,5% que comprovou ter recolhido a maior a título de contribuição ao Finsocial.

Objetivamente, verifica-se que o indeferimento da DRF em Marília/SP do pedido original de compensação deveu-se à não-desistência da execução do título judicial pela interessada, em descumprimento ao disposto no art. 17, § 1º, da IN SRF nº 21/97, alterada pela IN SRF 73, de 1997.

Já em primeira instância administrativa, a impugnação foi indeferida pela DRJ responsável pelo acórdão recorrido, tendo a decisão sido fundada na

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

decadência já que o pedido de restituição transcorreu em mais de 5 anos entre os alegados indébitos, bem como na impossibilidade de considerar o pedido por falta da desistência da ação judicial, especialmente os honorários advocatícios.

Destarte, a empresa desistiu da ação de execução, porém não desistiu da execução judicial no tocante aos honorários advocatícios, conforme se observa às fls. 258/263.

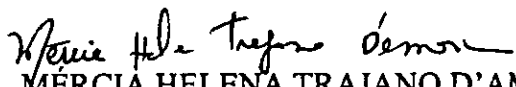
As normas específicas concernentes aos pedidos de restituição e compensação, na esfera administrativa, prevêm a possibilidade de deferimento dos pedidos da espécie decorrentes de sentenças judiciais favoráveis aos requerentes. Com efeito, tanto a IN SRF nº 21/97 (art. 17, § 1º), como a IN SRF nº 210/2002 (art. 37, §§ 2º a 4º), que revogou a anterior e em vigor a atual legislação dada pela IN SRF nº 460/2004 (art. 50, § 2º) prevêm de forma expressa a restituição/compensação dos créditos aos interessados, desde que tenham sido cumpridos os requisitos ali discriminados, dentre os quais está a comprovação da desistência da execução do título judicial perante o Poder Judiciário e a assunção de todas as custas do processo de execução, inclusive os honorários advocatícios.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que as restrições impostas pelo referido ato administrativo (atualmente referidas no art. 50 da IN SRF nº 460/2004⁵) para o prosseguimento da compensação (desistência da execução da sucumbência e assunção das custas do processo, inclusive honorários advocatícios) têm aplicação à hipótese em que o interessado, de posse do título judicial, busca, por sua vontade própria, a compensação na esfera administrativa. A procura da via administrativa é opção do autor vencedor da ação judicial – que pode executar judicialmente o título - e implica, para esse fim, a obrigatoriedade do cumprimento das condições que essa via administrativa exige.

No caso em exame, a recorrente não comprovou ter satisfeito as condições exigidas na legislação pertinente à espécie.

Diante do exposto, voto por que seja negado provimento ao recurso tendo em vista a não desistência da ação judicial no tocante aos honorários advocatícios.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2005


MÉRCIA HELENA TRAJANO D'AMORIM – Relatora

⁵ Art. 50, § 2º, da IN SRF nº 460/2004:

"§ 2º Na hipótese de título judicial, a restituição, o ressarcimento e a compensação somente poderão ser efetuados se o requerente comprovar a homologação pelo Poder Judiciário da desistência da execução do título judicial ou da renúncia a sua execução, bem como a assunção de todas as custas do processo de execução, inclusive os honorários advocatícios."

Processo nº : 13826.000047/98-80
Acórdão nº : 302-37.011

VOTO VENCEDOR

Conselheiro Luis Antonio Flora, Relator Designado

Pela leitura do voto da ilustre Conselheira Relatora, verifica-se que ela é totalmente favorável ao provimento do recurso para afastar a decadência decretada pelo acórdão recorrido. Em suma, diz que o pedido de restituição/compensação foi feito dentro do prazo que entende legal, ou seja, da edição da MP 1.621.

Faz menção, também, às demais teses debatidas nesta Câmara, no tocante à contagem do prazo decadencial. Em suma, a tempestividade do pedido da recorrente é fato incontroverso. De minha parte, o protocolo foi feito dentro do prazo concedido pela MP 1.110.

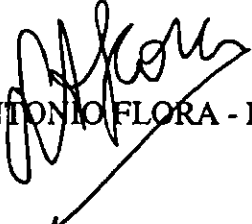
No entanto, deixa de provê-lo, eis que a recorrente ao abrir mão da via judicial, não o fez na parte relativa aos honorários advocatícios.

Neste parte, *data venia*, entendo que assiste razão à recorrente, de vez que resta comprovado a desistência da ação judicial, sua homologação e respectivo trânsito em julgado. É evidente que a recorrente não poderia abrir mão dos honorários de seu advogado, que pertencem a ele com exclusividade. Portanto, o argumento no sentido de que a IN SRF 21/97 é ilegal por afrontar o direito do advogado estabelecido na Lei 8.906/94 encontra perfeita ressonância junto a este Conselheiro.

O art. 23 da Estatuto da Advocacia é claro ao dizer que os honorários na sucumbência pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Em síntese, os honorários integram o patrimônio do advogado e a parte não abrir mão de um direito que não lhe pertence.

Os direitos do contribuinte e do advogado devem ser preservados, portanto, dou provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 11 de agosto de 2005


LUIS ANTONIO FLORA - Relator Designado