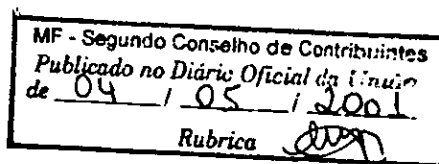




MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES



278

Processo : 13859.000101/97-74
Acórdão : 202-12.641

Sessão : 05 de dezembro de 2000
Recurso : 111.677
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TAQUARA BRANCA LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - No julgamento do RE nº 150.764-1 (RTJ 147/1024), publicado no DJ de 02.04.93 (caso líder), em que foi apreciada pelo STJ a legitimidade da exigência do FINSOCIAL, com relação às empresas comerciais, decidiu o Tribunal que o art. 56 do ACT teria recepcionado provisoriamente a Contribuição para o FINSOCIAL “até que a lei disponha sobre o art. 195, I”, o que só teria ocorrido com o advento da Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a COFINS. Em consequência, julgou inconstitucionais as majorações de alíquotas ocorridas até então. O termo inicial de contagem da decadência/prescrição para solicitação de restituição/compensação não coincide com o dos pagamentos realizados, devendo-se tomá-lo, no caso concreto, a partir da decisão ocorrida com o caso líder. **PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE** - Anula-se a decisão que deixa de apreciar pedido de restituição/compensação ao argumento de ter ocorrido perda do direito. **Processo que se anula, a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TAQUARA BRANCA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em anular o processo, a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que outra seja proferida. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Antonio Carlos Bueno Ribeiro.

Sala das Sessões, em 05 de dezembro de 2000

Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente

Maria Teresa Martínez López
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Suplente), Luiz Roberto Domingo, Ricardo Leite Rodrigues, Dalton Cesar Cordeiro de Miranda, Alexandre Magno Rodrigues Alves e Adolfo Montelo.

Imp/mas/ovrs



Processo : 13859.000101/97-74
Acórdão : 202-12.641
Recurso : 111.677
Recorrente : DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS TAQUARA BRANCA LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação de FINSOCIAL, recolhido a maior, no valor de R\$23.254,94, com COFINS, PIS IRPJ e CSLL.

O pedido foi protocolizado em 23/07/97.

A interessada, nos autos qualificada, solicitou e teve indeferido pedido de compensação do FINSOCIAL recolhido com alíquotas excedentes a 0,5%, nos períodos entre 11/90 e 03/92, com os pagamentos vincendos da COFINS e de outros tributos federais.

Foram juntados aos autos do processo os seguintes documentos para comprovar o pleito:

- a) formulário de Pedido de Compensação, doc. fls. 01;
- b) formulário de Pedido de Restituição, doc. fls. 02;
- c) demonstrativo do Pedido de Compensação, doc. fls. 03;
- d) demonstrativos de Consolidação de Débitos, docs. fls. 04/14 e 16/19;
- e) demonstrativo do Recolhimento a maior do FINSOCIAL, doc. fls. 15;
- f) cópias de DARFs, recolhidos com o código 6120, docs. fls. 20/34;
- g) cópia do Cartão do CGC, doc. fls. 35;
- h) cópia de Alteração Contratual, doc. fls. 37/38; e
- i) cópia do Contrato Social, doc. fls. 39/41.

Inconformada com o provimento obtido, ingressou a empresa com a Impugnação de fls. 49/52, alegando, em síntese, que o pedido fora formulado de conformidade com a legislação, especialmente com o Decreto nº 2.138/97, sendo, portanto, desnecessário recorrer ao Judiciário; que, se o Fisco usa o prazo de dez anos do art. 102 do Regulamento do FINSOCIAL para lançar a contribuição, os contribuintes têm o mesmo prazo para repetir o indébito e que o art. 2º da IN SRF nº 32/97 convalidou a compensação efetiva pelos contribuintes. Considerando que o pleito foi formalizado somente após a publicação de toda a legislação que o fundamenta, requereu o cancelamento da decisão recorrida e o deferimento da compensação.

Através da Decisão nº 11.12.59.7/0883/1998, a autoridade singular manifestou-se pelo indeferimento do pedido, cuja ementa possui a seguinte redação:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13859.000101/97-74
Acórdão : 202-12.641

"ASSUNTO: Compensação

PRELIMINAR. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO FINSOCIAL/COFINS.

O direito de pleitear a repetição do indébito extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE."

Consta das razões de decidir pela autoridade singular que:

"Contudo, existe uma questão prejudicial que passou despercebida pela DRF/Ribeirão Preto, que merece ser analisada.

O artigo 165, inciso I do CTN estabelece o direito do sujeito passivo à restituição total ou parcial do tributo, nos casos de pagamento indevido ou a maior (salvo no caso de tributos pagos por estampilhas).

O artigo 168 do mesmo diploma estabelece que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados, na hipótese do art. 165 inciso I, da data de extinção do crédito tributário.

Ora, como pagamento mais recente de Finsocial remonta a 20.04.92, a data fatal para requerer a repetição do indébito ocorreu em 20.04.97.

Como o pedido de restituição/compensação, foi formalizado após aquela data, ou seja, em 23.07.97 (carimbo de ARF/TTA, fls. 01), mesmo que a impugnante tivesse algum direito à restituição/compensação, ele já estaria extinto em face do disposto no art. 168 do CTN.

O prazo de dez anos a que se referiu a impugnante não prevalece perante o Código Tributário Nacional que é norma hierarquicamente superior aos Decretos-leis e ao Regulamento do Finsocial citados na impugnação.

Também não prevalece o argumento de que formulou o pedido somente após "a publicação na imprensa oficial de toda a matéria da regência", porquanto essa "legislação de regência" foi editada para gerar efeitos prospectivos.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13859.000101/97-74
Acórdão : 202-12.641

Diante do exposto e considerando que com esse argumento restou prejudicada a apreciação das demais alegações constantes da impugnação, INDEFIRO a compensação pleiteada por estar extinto o direito à repetição do indébito, nos termos dos artigos 168, inciso I e 165, inciso I, do CTN."

Inconformada, a interessada apresenta, tempestivamente, recurso, onde, em síntese, reitera os argumentos expostos anteriormente. Solicita, ao final, o acolhimento do pedido de restituição/compensação de débitos de COFINS e outros tributos com os valores pagos indevidamente, a título de FINSOCIAL, devidamente corrigidos conforme legislação vigente.

É o relatório.



Processo : 13859.000101/97-74

Acórdão : 202-12.641

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Conforme relatado, trata-se exclusivamente de pedido de restituição/compensação efetuado em 23/07/97. Em primeiro lugar, não há como este Colegiado entrar no mérito quanto aos valores oferecidos pela contribuinte, uma vez que não foram examinados pela autoridade singular, em face do entendimento de que *“O direito de pleitear a repetição do indébito extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.”* Em segundo lugar, cabe ressaltar que não é da competência do Segundo Conselho de Contribuintes (artigo 8º da Portaria MF nº 55, de 16 de março de 1998) a compensação de valores pertinentes ao IRPJ e à CSL, também objeto do pedido formulado pela contribuinte, matéria adstrita ao Primeiro Conselho de Contribuintes.

Quanto à decadência/prescrição

O cerne da questão consiste em analisar a seguinte questão “prejudicial à análise do pedido efetuado pela contribuinte” qual é o prazo que a contribuinte possui para a solicitação do pedido de restituição/compensação de valores pagos indevidamente?

Em primeiro lugar, muito embora admita existirem divergências doutrinárias, reconhecida até mesmo nos Tribunais¹ ora denominando o direito de pleitear a restituição/compensação como o de “decadência” ora como o de “prescrição”, passo ao exame da questão.

Segundo a autoridade singular, considerando que o pedido de restituição (matéria dos autos) foi formulado em 23/07/97, este só poderia contemplar recolhimentos efetuados no decurso do prazo de cinco anos (sic) *“contados da data de extinção do crédito tributário”*. No caso, os recolhimentos foram realizados segundo planilha apresentada pela

¹ Consta do Agravo de Instrumento nº 238.714 – SC (1999/0033537-6) – publicado no DJ –1 de 13/09/2000, que defendem como sendo **prescrição** – Manuel Álvares, Código Tributário Nacional Comentado – SP – RT, 1999, pag. 631; P.R.Tavares Paes, em “Comentários ao Código Tributário Nacional” SP- 5ª ed., 1996, pag. 377; e Ruy Barbosa Nogueira, em “Curso de Direito Tributário” – SP – Saraiva, 9ª ed. 1989, pag. 336. Em socorro à tese de tratar-se de **decadência**, os seguintes doutrinadores: Paulo de Barros Carvalho, em curso de direito Tributário – 2ª ed. – SP – Saraiva, 1986-pág. 279; Aliomar Baleeiro – 11ª ed. RJ, 1999, pag. 894; e Celso Ribeiro Bastos, em Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário – SP – Saraiva, 1991, pag. 219.



Processo : 13859.000101/97-74

Acórdão : 202-12.641

contribuinte, no período compreendido entre 11/90 e 03/92 (fls. 15), razão pela qual entendeu a fiscalização não ser possível o pleito da contribuinte.

Sobre o assunto, esta Câmara já teve oportunidade de se pronunciar, em processo em que fui Relatora, no Acórdão nº 202-10.883, na qual assim me manifestei:

“De outro lado, também nos casos de declaração de inconstitucionalidade operados pelo Supremo Tribunal Federal a contagem de prazo para a recuperação de importâncias despendidas indevidamente sujeita-se a ‘regra especial’, pois a jurisprudência tem-se orientado no sentido de reconhecer que o lapso prescricional de cinco anos somente começa a fluir após a publicação da decisão do STF que declarar tal inconstitucionalidade, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito vinculante e erga omnes), e apenas após a Resolução do Senado Federal que suspender a vigência do dispositivo legal, cuja desvalia constitucional foi reconhecida pelo STF, nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito inter partes).”

No mesmo sentido foi o entendimento exarado pelo ilustre Relator, José Antonio Minatel, então Conselheiro da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, em voto proferido no Acórdão nº 108-05.791, *in verbis*:

“O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir “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” (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.”

A matéria já está pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem decidindo que, em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o prazo de 05 anos para repetição do indébito ou compensação se inicia a partir da declaração de inconstitucionalidade, como se pode ver dos julgados abaixo:



Processo : 13859.000101/97-74
Acórdão : 202-12.641

Embargos de Divergência em RE nº 43.995-5 RS, Relator o Ministro César Asfor Rocha:

"Ementa - TRIBUTÁRIO, EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO LEI Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, ... o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou o gravame Embargos de divergência rejeitados"

Do voto do Relator extrai-se os seguintes excertos, extraídos de decisão anteriormente proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

"Ademais, é razoável e jurídico que se conte o prazo para a propositura da ação de restituição, em tal caso, a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade da exação. A propósito, argumentou, com pertinência, o ilustre magistrado e conceituado tributarista, Dr. Hugo de Brito Machado, em voto que proferiu na Apelação Cível nº 44.403-PE, na Primeira Turma do TFR-5ª Região, na assentada de 14-4-94:

"O direito de pleitear a restituição, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. RICARDO LOBO TORRES, ensina:

"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidenter tantum pelo STF." (Restituição de Tributos, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 169).

Tinha, é certo, o contribuinte, ação para pedir, perante o Judiciário, a restituição, tendo como fundamento a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.288/86, mas no que concerne a esta não existe prescrição. A interpretação conjunta dos artigos 168 e 169, do Código Tributário Nacional, demonstra que tais dispositivos não se referem a esse tipo de ação. O art. 168 diz respeito ao pedido de restituição formulado perante a autoridade administrativa. E o art. 169 diz respeito à ação para anular a decisão administrativa denegatória do pedido de restituição. Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional.



Processo : 13859.000101/97-74
 Acórdão : 202-12.641

No caso de que se cuida, portanto, não se extinguiu o direito à repetição do indébito. Poder-se-á argumentar que as ações em geral, contra a Fazenda Pública, prescrevem em cinco anos, por força do disposto no Decreto-lei nº 4.597 de 19.08.1942.

Ocorre que a presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo.

É certo que o contribuinte pode promover a ação de restituição, pedindo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Tal ação, todavia, é diversa daquela que tem o contribuinte, diante da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo. Na primeira, o contribuinte enfrenta, como questão prejudicial, a questão da inconstitucionalidade. Na segunda, essa questão encontra-se previamente resolvida.

Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da restituição da exação, segue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito independente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser exercitado no prazo de cinco anos, a contar da decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade, ao que saiba, não foi ainda expressamente apreciada pela Corte Maior. Todavia, creio que se ajusta ao julgado no RE 136.883-RJ, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim emensado (RTJ 137/936).

"Empréstimo compulsório (Decreto-lei nº 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 121.336, Plenário, 11-10-90, Pertence): direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido."

A propósito, aduziu conclusivamente no seu douto voto (RTJ 137/938):

"Declarada, assim, pelo Plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que fundada a exigência da natureza tributária, porque feita a título de cobrança de empréstimo compulsório -, segue-se o direito do contribuinte à



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 13859.000101/97-74**Acórdão : 202-12.641**

repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

Os Ministros do STJ, em despachos monocráticos, dados com fulcro nos artigos 120, parágrafo único, c/c o art. 557 do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756/98, que pressupõe a existência de jurisprudência pacífica a propósito do tema, vem negando seguimento a recursos da União, como se pode ver no julgado abaixo:

***"Recurso Especial nº 233.090 - Rio Grande do Sul
Relator: Ministro Garcia Vieira***

...

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra acórdão proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu o direito do autor à compensação dos valores indevidamente recolhidos sobre a remuneração paga aos autônomos, administradores e avulsos com tributos de mesma espécie incidentes sobre a folha de salários.

...

A jurisprudência desta Corte de Justiça uniformizou-se no sentido de que o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito correspondente à contribuição previdenciária incidente sobre o pagamento de pró-labore só começa a fluir da data das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.102-2-DF e no Recurso Extraordinário nº 166.722-9-RS, que declararam a inconstitucionalidade das expressões "autônomos, administradores e avulsos". Precedentes jurisprudenciais: Resps. nºs 202.176-PR e 205.232-SP.

...

Pelo exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, nego seguimento ao recurso." (in Revista Dialética de Direito Tributário nº 53, pg. 189).

No que pertine ao FINSOCIAL, o caso líder ocorreu no julgamento do RE nº 150.764-1 (RTJ 147/1024), publicado no DJ de 02.04.93, em que foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal a legitimidade da exigência do FINSOCIAL, com relação às empresas comerciais. Decidiu o Tribunal que o art. 56 do ACT teria recepcionado, provisoriamente, a Contribuição para o FINSOCIAL "até que a lei disponha sobre o art. 195, I", o que só teria



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 13859.000101/97-74**Acórdão : 202-12.641**

ocorrido com o advento da Lei Complementar n.º 70/91, que instituiu a COFINS. Em consequência, julgou inconstitucionais as majorações de alíquotas ocorridas até então.

Por outro lado, há de se trazer ao conhecimento deste Colegiado que, com relação ao prazo para solicitar a restituição do FINSOCIAL, o Decreto nº 92.698/1986, artigo 122, estabeleceu o prazo de 10 anos, conforme se verifica em seu texto, a seguir reproduzido:

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

I - da data do pagamento ou recolhimento indevido;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que haja reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

Assim, como conclusão, tendo em vista que inexistente dispositivo legal estabelecendo a decadência/prescrição para a ação da contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional, e considerando o disposto no artigo 122 do Decreto nº 92.698/86, bem como a posição marcante do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, entendo prejudicado o entendimento exposto pela autoridade singular.

Diante do exposto, vencida a questão prejudicial, VOTO por anular o processo, a partir da decisão singular, inclusive, para que outra, em boa forma, seja proferida.

Sala das Sessões, em 05 dezembro de 2000


MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ