



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

Processo n°	10835.000397/2002-41
Recurso n°	134.514 Voluntário
Matéria	FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Acórdão n°	302-38.117
Sessão de	19 de outubro de 2006
Recorrente	MERCE-FERRO COMERCIAL LTDA.
Recorrida	DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1990 a 30/09/1991

Ementa: **NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.**

O conteúdo e o alcance de uma norma infralegal restringem-se ao da Lei. É descabida, *in casu*, a exigência de comprovação da desistência de execução de título judicial, por falta de amparo legal. (Inteligência dos arts. 5º- II, CF/88 e 100 do CTN).

O direito de pleitear a restituição de indébito declarado por decisão judicial transitada em julgado decai em cinco anos

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEGUNDA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencidos os Conselheiros Elizabeth Emílio de Moraes Chierigatto e Corinθο Oliveira Machado.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO - Presidente



PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR -Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Luciano Lopes de Almeida e Luis Antonio Flora. Ausente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Relatório

O pedido de restituição/compensação do Finsocial foi protocolado pela interessada em 04/03/2002.

A interessada acima qualificada ingressou com o pedido de fls. 01/32, solicitando a restituição/compensação do montante de R\$ 167.008,40, a preços de fevereiro de 2002, referente a indêbitos do Fundo de Investimento Social (Finsocial), que teria recolhido a alíquotas superiores a 0,50 % sobre o faturamento mensal, a partir de 05 de fevereiro de 1990 a 07 de outubro de 1991, incidentes sobre os fatos geradores ocorridos nos meses de competência de janeiro de 1990 a setembro de 1991.

Para comprovar os indêbitos do Finsocial, a interessada anexou ao seu pedido as planilhas de fls. 201/202, bem como os xerox dos Darf's de fls. 53/148 e 174/185.

Conforme se verifica dos autos, a interessada obteve na Justiça Federal o direito de repetir indêbitos de Finsocial resultantes de recolhimentos indevidos a alíquotas superiores a 0,50 % do faturamento, conforme provam as decisões transitadas em julgado nas ações n.º 92.0035417-3, de interesse da ora Recte., (cópias às fls. 149/156, 157/169 e 170/173), tendo decorrido o prazo legal para recurso em 12/03/99, e n.º 92.0035416-5, de interesse de empresa incorporada pela ora Recte., (cópias às fls. 186/192, 193/200) que transitou em julgado em 15/04/96.

O pedido foi analisado pela DRF/ PRESIDENTE PRUDENTE/SP, que o indeferiu, conforme Despacho Decisório, às fls. 249/254, sob o fundamento de a interessada não ter comprovado a desistência da execução judicial e a assunção das verbas de sucumbência, inclusive custas judiciais e, ainda, que o direito de repetir parte dos indêbitos encontrava-se decaído na data de protocolo do presente pedido.

Cientificada daquele despacho decisório, inconformada com o indeferimento de seu pedido, a interessada interpôs a manifestação de inconformidade de fls. 257/263, requerendo a reforma da decisão proferida por aquela DRF para que lhe seja autorizada a repetição/compensação dos indêbitos fiscais pleiteados, alegando, em síntese, que os processos judiciais de repetição de indêbitos não se encontram em fase de execução, mas sim as custas judiciais que se constituem em novos processos e, ainda, quando a Instrução Normativa SRF n.º 21 de 1997, art. § 1º, diz "desistência, perante o Poder Judiciário, da execução do título judicial e assumir todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios, mostra que a desistência é somente da execução. Alegou, também, que, embora, a Administração Tributária entenda ter ocorrido a decadência, esta só poderia ter ocorrido com relação à parte dos indêbitos, ou seja, àqueles resultantes dos recolhimentos efetuados pela sociedade incorporada, tendo em vista que o trânsito em julgado na ação principal (da incorporadora) ocorreu em 1999. Como o presente pedido foi feito em 2002, não há que se falar em decadência total do crédito e sim parcial.

Para bem clarificar a questão, transcrevo a decisão da DRJ:

"A interessada foi cientificada do despacho decisório proferido pela DRF em Presidente Prudente, SP, em 08/04/2005 (fl. 256) e apresentou a respectiva manifestação de inconformidade em 05/05/2005 (fl. 257), razão pela qual tenho-a por tempestiva.

Preliminarmente, ressaltamos que, embora na petição inicial e na manifestação de inconformidade a interessada tenha requerido a compensação dos indébitos pleiteados, no presente caso, não se aplica o disposto na Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, art. 74, § 4º, com a redação dada por meio da Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002, art. 49, porque nenhum débito tributário foi indicado como compensado por ela e/ ou a ser compensado em face deste processo.

Da análise dos autos, verificamos que, a interessada interpôs ações judiciais, processos n.º 92.0035417-3, (fls. 149/156, 157/169 e 170/173) e n.º 92.0035416-5 (fls. 186/192 e 193/200), perante a 14ª Vara da Justiça Federal, Seção de São Paulo, SP, com decisões transitadas em julgado, com o mesmo objeto deste processo administrativo, ou seja, a repetição de indébitos de Finsocial resultantes de recolhimentos que teriam sido efetuados a alíquotas superiores a 0,5 % (meio por cento) sobre o faturamento mensal.

I – Propositura de ação judicial

A opção do sujeito passivo pela via judiciária para a discussão de matéria tributária, com idêntico pedido na instância administrativa, implicou renúncia ao poder de recorrer nesta instância, nos termos da Lei n.º 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único e do DL n.º 1.737, de 1979, art. 1º, § 2º.

Assim dispõe a Lei n.º 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único, *in verbis*:

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, de ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto."(grifou-se)

II – Apreciação do pleito na instância administrativa

A restituição e/ ou a compensação de indébitos tributários reconhecidos judicialmente e com a respectiva sentença transitada em julgado é possível na instância administrativa desde que o credor, no caso a interessada, comprove que desistiu, perante o Poder Judiciário, da execução do título judicial e assumiu todas as custas judiciais do processo, inclusive a verba honorária, conforme determina a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal (IN-SRF) n.º 21, de 10 de março de 1997, art. 17, alterado pela IN SRF n.º 73, de 15 de setembro de 1997, art. 1º, e mais recentemente pela IN SRF n.º 210, de 30 de setembro de 2002, art. 37, § 2º.

A IN SRF n.º 73, de 1997, assim dispõe, *in verbis*:

"Art. 17. Para efeito de restituição, ressarcimento ou compensação de crédito decorrente de sentença judicial transitada em julgado, o contribuinte deverá anexar ao pedido de restituição ou de ressarcimento uma cópia do inteiro teor do processo judicial a que se referir o crédito e da respectiva sentença, determinando a restituição, o ressarcimento ou a compensação.

N

§ 1º. No caso de título judicial em fase de execução, a restituição, o ressarcimento ou a compensação somente poderão ser efetuados se o contribuinte comprovar junto à unidade da SRF a desistência, perante o Poder Judiciário, da execução do título judicial e assumir todas as custas do processo, inclusive os honorários advocatícios."

Já a IN SRF n.º 210, de 2002, estabelece:

"Art.37.

§ 2º. Na hipótese de título judicial em fase de execução, a restituição ou o ressarcimento somente será efetuado pela SRF se o requerente comprovar a 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."

Do exposto, concluímos com segurança que a repetição pleiteada pela interessada somente seria possível na instância administrativa mediante a comprovação de que ela desistiu da execução do título judicial perante o Poder Judiciário e, ainda, que assumiu todas as custas do processo, inclusive a verba honorária.

Ao contrário do seu entendimento, as normas estabelecidas por meio das instruções transcritas demonstram de forma expressa que a repetição/compensação de indébitos, na hipótese de título judicial em fase de execução, somente é permitida na esfera administrativa se o requerente comprovar que desistiu da sua execução e também assumiu todas as custas do processo de execução, inclusive os honorários de advogado.

O fato de se formalizar novo processo para a execução, em separado, das custas judiciais, inclusive da verba honorária, decorrente do processo judicial com decisão transitada em julgado e com título judicial em fase de execução, não dispensa o cumprimento das IN SRF transcritas acima.

A repetição na esfera administrativa de indébitos reconhecidos na esfera judicial e com título judicial em fase de execução é uma opção concedida pela Autoridade Administrativa ao contribuinte que, para se beneficiar dela, deve cumprir as normas estabelecidas para sua efetivação.

Nos presentes autos, a interessada demonstra de forma expressa de que não desistiu de executar as custas judiciais dos referidos processos judiciais, inclusive as verbas de advogado, ao contrário, informa seguir com as suas execuções. Também as Certidões de Objeto e Pé de fls. 242 e 245, expedidas pelo Diretor da Secretaria da 14ª Vara Federal em São Paulo, SP, confirmam as execuções de tais custas em relação aos referidos processos judiciais.

Em face do exposto e de tudo mais que dos autos consta, voto pelo indeferimento, na instância administrativa, do presente pedido de repetição/compensação."

Foi oferecido Recurso Voluntário (fls. 274/277), tempestivamente, no qual afirma não estar discutindo novamente o direito à compensação, já obtido no Poder Judiciário, mas a efetivação desse direito. Afirma descaber o questionamento quanto a custas, porque inexistem em processo de execução de julgado, e quanto a honorários de sucumbência pois não existem em processo de execução de julgado.

J

Com referência ao mérito reitera o que foi antes argüido.

O processo foi encaminhado a este Relator conforme documento de fls. 282, nada mais havendo nos Autos a respeito do litígio.

É o Relatório.

]

Voto

Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Relator

Conheço do Recurso por reunir as condições de admissibilidade.

Entendo não ser procedente a argumentação da decisão de 1ª Instância de a legislação vigente à época dos fatos impedir a pretensão da Recte. Está sustentada toda essa alegação em Instruções Normativas da SRF, desprezando normas legais de alta hierarquia que não impõem as restrições a que alude a DRJ.

Reporto-me a afirmações do I. Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo em votos por ele proferidos em outros julgados:

“A matéria versa sobre a procedência de exigência contida no art. 17 da IN/SRF nº 21/97, alterada pela IN 73/97, que trata da comprovação da desistência de execução judicial, em ação transitada em julgado, com a assunção das custas do processo, inclusive de honorários advocatícios, mediante a juntada desses documentos nos autos, para fim de restituição e/ou homologação de compensação direito creditório de contribuinte, oriundo de indébito tributário, em decorrência da inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL declarada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 150.764-1, em 02/04/93.

A decisão de primeira instância indeferiu a restituição e a homologação da compensação da contribuinte sob o argumento contido na retromencionada norma administrativa, em razão de a contribuinte não haver comprovado expressamente a desistência da execução judicial.

A recorrente argumenta que, à época da formalização do pedido de restituição/compensação junto a SRFo art. 74 da Lei nº 9.430/96 não previa a necessidade de prévia desistência da via judicial para que se fizesse a compensação e que até o presente, não há previsão legal em lei que exija mencionada necessidade, portanto não estaria obrigada a cumprir com tal exigência (art. 5º - XXXVI, CF/88).

Demais disso argumenta que tal exigência imposta pelo art. 17 IN/SRF nº 21/97, foi reformada pela IN/SRF 210/02, no que concerne à compensação, com o que a desobrigaria da questionada comprovação e, que sendo restaurada a retromencionada exigência pela IN/SRF nº 460/04, ainda assim não seria alcançada, eis que a mesma não teria efeito retroativo (art. 116, CTN).”

Acrescento neste passo que também descabe falar-se em renúncia à execução dos honorários advocatícios uma vez que eles pertencem ao advogado, na forma do que estatui o art. 23 da Lei 8906 de 04/07/1994 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e sobre a Ordem dos Advogados do Brasil, verbis:

“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou 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.”

Ainda o mesmo CTN, em seu art. 168, diz:

↑

“O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

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

II- na hipótese do inciso III do artigo 165, 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”

Convém citar afirmativa feita pela DRF/PRESIDENTE PRUDENTE ao indeferir o pedido de restituição, o qual foi objeto da manifestação de inconformidade da interessada que resultou na decisão da DRJ ora guerreada.

Disse ela, a fls. 253, que “duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial”. Continua ela adiante: “Tendo a decisão transitado em julgado no dia 09/04/1996, deveria (a interessada) ter solicitado a restituição até 08/04/2001, o que não fez, vindo a formalizar o pedido à SRF apenas em 04/03/2002, quase um ano após decorrido o prazo para exercer o seu direito”.

Parece haver sido olvidado que o trânsito em julgado em 09/04/1996, atestado pela Subsecretaria da 3ª Turma do TRF/3ª Região (fls. 147) refere-se ao processo nº 92.0035416-5, de interesse da empresa incorporada pela ora Recte. Neste caso, efetivamente, estava decaído o prazo para requerer a restituição em 04/03/2002. Mas a situação do outro processo judicial é diferente.

O outro processo judicial de restituição de nº 92.0035417-3, de interesse da Recte., transitou em julgado em 12/03/1999, conforme informado pela Coordenadoria da Segunda Turma do STJ (fls. 173). Neste caso não estava decaído o prazo para pedir a restituição em 04/03/2002, quando foi efetivado o pedido.

Resumindo o que se examinou neste feito, empregando-se, no cabível, a argumentação do Conselheiro antes mencionado, vê-se:

**Uma das decisões emanadas do Poder Judiciário, a do STJ, que condena a União a restituir à autora os recolhimentos ao FINSOCIAL, consoante as guias de recolhimento constantes dos autos, nos valores excedentes à aplicação da alíquota de 0,5% sobre o faturamento das empresas, com certidão de trânsito em julgado em 12/03/1999 (fls. 173), no processo nº 92.0035417-3, decaído o direito de pleitear a restituição do indébito em 12/03/2004, o que foi pedido em 04/03/2002, antes de ocorrer a prescrição .*

**Uma decisão de primeira instância, de 15/08/05 (fls. 268/271), fundamentada em normas de comando infralegal, ou seja, nas IN/SRF nº 21/97 e alterada pela IN 73/97, IN/SRF nº 210/02 e na IN/SRF nº 460/04.*

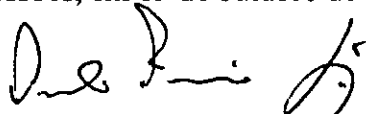
**Tratando-se de um tributo cujo recolhimento indevido ou a maior se funda em declaração de inconstitucionalidade pelo STF, e que o Poder Executivo expressamente já a reconheceu;*

**Sob a ótica da unicidade jurisprudencial, encontra-se o direito creditório reconhecido e com uma determinação judicial para restituição.*

No intuito de buscar uma solução à lide busca-se suporte na CF/88, art. 5º - II e na legislação tributária, com base nos artigos 99 e 100 do CTN, que tratam do conteúdo e do alcance da norma legal, vislumbrando em sua interpretação que o alcance de uma norma infralegal restringe-se ao da lei, ou seja, se a lei não prevê sobre uma determinada matéria, uma instrução normativa também não poderia fazê-lo, sob a pena de incorrer em ineficácia.

Face ao exposto dou provimento parcial ao recurso para que a decisão de 1ª Instância seja reformada, afastando tanto a decadência, apenas do processo judicial nº 92.0035417-3, como a exigência da comprovação, por parte da interessada, da desistência da execução, nos termos do Acórdão da 1ª Instância, para que a Autoridade *a quo* decida sobre o mérito da restituição/compensação.

Sala das Sessões, em 19 de outubro de 2006



PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR – Relator