



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10805.000996/00-33
SESSÃO DE : 12 de junho de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686
RECURSO Nº : 126.388
RECORRENTE : EMBALAGENS CAVALCANTE LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. TERMO INICIAL. CONTAGEM DE PRAZO. PRESCRIÇÃO.

RESTITUIÇÃO.

O sujeito passivo tem direito à restituição do indébito tributário, independentemente de prévio protesto, seja qual for a modalidade de pagamento, devido em face da legislação tributária aplicável (CTN, art. 165-I).

COMPENSAÇÃO.

A compensação de créditos tributários é possível, desde que as exações tenham a mesma finalidade.

CONTAGEM DE PRAZO.

Em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- da Resolução do Senado que confere efeito "erga omnes" à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
- Igual decisão prolatada no Ac. CSRF/01-03.239.

TERMO INICIAL.

Ante a falta de ato específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU, serve como o referencial para a contagem.

PRESCRIÇÃO.

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

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, para afastar a decadência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 12 de junho de 2003


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

18 FEV 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA. Ausente o Conselheiro LUIZ SÉRGIO FONSECA SOARES.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686
RECORRENTE : EMBALAGENS CAVALCANTE LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de indébito de FINSOCIAL, ou seja, de valores recolhidos pela recorrente com a alíquota superior a 0,5% à União, no período de apuração compreendido entre 01/05/90 a 28/02/92, conforme DARFs de fls. 06 a 26, por força do Dec. nº 1.940/82 e mantido pelas Leis nº 7.689/88, nº 7.787/89, nº 7.984/89 e nº 8.174/90.

O despacho decisório DRF nº 172/2000 (fls. 33/35), indeferiu o pedido (fls. 47/66) alegando que o direito do contribuinte pleitear a restituição ou compensação do indébito estaria decaído de acordo com o superveniente AD/SRF nº 96/99.

A decisão de Primeira Instância DRJ/CPS nº 000948/00 (fls. 120/126) ratificou o despacho decisório DRF/Stº André-SP nº 172/2000 (fls. 33/35), consoante ementa adiante transcrita:

“Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA.

O crédito tributário é extinto pelo pagamento, não influenciando, na contagem do prazo para pleitear a repetição de indébito, o fato de ter sido sob condição resolutória. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Solicitação indeferida.”

Outrossim, o voto condutor argüi que a PGFN, por meio do Parecer PGFN nº 1.538/99, elucidou a questão, no tocante à eficácia da declaração de inconstitucionalidade do FINSOCIAL proferida no controle difuso, bem como, de sua repercussão na contagem do prazo para que os contribuintes exerçam o seu direito à restituição de indébito tributário.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

Consigna, ainda, que o Dec. nº 2.3446 de 10 de outubro de 1997 e legislação sucedânea correlata, teve por finalidade eliminar litígios em processos administrativos e judiciais, nos quais se tratava de matérias tidas por inconstitucionais, por conseguinte, devendo fiel observância à lei, nos termos do art. 84 – IV CF, não tratando de prazos prescricionais, nem os dilatando, mesmo implicitamente, pois restou claro de seu texto que só alcançaria atos passíveis de revisão, consoante consta do seu art. 1º, § 1º, não se podendo concluir que o decreto nem os atos normativos que o seguiram teriam o poder de inovar em matéria de prescrição. (Sublinhei).

Entende o juízo *a quo* que não sendo a interessada parte em processo administrativo ou judicial tempestivamente instaurado, não faz jus ao pleito, ocasião em que se contrapõe à tese da impugnante (CTN, art. 150, §§ 1º e 4º) de que o crédito se considera extinto com a homologação expressa do lançamento ou, em não havendo homologação expressa, com o decurso de prazo de cinco anos, somados a outros cinco, totalizando 10 (dez) anos, não lhe dando acolhida, manifestando-se em favor da tese pela qual a matéria trata do prazo para a Fazenda Pública homologar o pagamento antecipado, não o sendo para estabelecer o momento em que o crédito se considera extinto, haja vista que o pagamento antecipado pelo obrigado extingue o crédito.

Ressalta, finalmente, que por força da Lei Complementar nº 73 e do Regimento do Ministério da Fazenda (Dec. nº 3.336/2000) a PGFN desempenha as atividades de consultoria e assessoria no âmbito do Ministério da Fazenda, fixando a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida, entendimento esse ratificado pelo AD/SRF nº 96/99.

A recorrente, por sua vez, tempestivamente, refutou as arguições do julgado, alegando sucintamente (fls. 132/157):

- Que foi compelida ao recolhimento do Finsocial por força do Decreto-lei 1.940/82 e mantido pelas Leis nº 7.689/88, nº 7.787/89, nº 7.984/89 e nº 8.174/90, calculada à razão de 1%, 1,2% e 2,0%, respectivamente, julgados inconstitucionais pelo STF.
- Que a recorrida não nega que a recorrente é credora da União Federal, relativamente à exação recolhida a maior, apenas alegando a prescrição desse direito, nos termos do art. 168-I do CTN.
- Que quando o contribuinte antecipa o pagamento, a extinção do crédito apenas ocorre nos termos dos §§ 1º e 4º do art. 150 do CTN, sujeita à condição resolutória de ulterior homologação, em razão da decadência.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

- Que a interpretação dos arts. 150 e 168-I do CTN estabelece a distinção de tratamento para situações distintas, seja para a União, seja para o contribuinte, havendo *in casu*, uma violação ao princípio da isonomia.
- Que para não restituir o indébito, a Fazenda violou os arts. 142 e 150 § 1º do CTN.
- Que nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, a Fazenda tem que constituir o crédito tributário, por meio de lançamento, para prevenir a decadência.
- Que a jurisprudência, tratando-se de pedido de restituição recolhido com base em leis julgadas inconstitucionais, a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, contados do fato gerador do tributo indevidamente pago.
- Que a decisão recorrida encontra-se em desacordo com os fatos, seja a legislação e jurisprudência administrativa e judicial, não podendo prevalecer.
- Anexa sentença em AMS nº 2001.61.00.020751-7, impetrado contra o Delegado da Receita Federal em Santo André-SP, que o exime do recolhimento do depósito recursal (fls. 163/174).

Face ao exposto, requer a acolhida e provimento do recurso, que seja reformada a decisão *a quo*.

É o relatório.



RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

VOTO

Versa a matéria sobre um pedido de restituição de indébito de FINSOCIAL, ou seja, de valores recolhidos pela Recorrente com a alíquota superior a 0,5% à União, no período de apuração compreendido entre 01/05/90 a 28/02/92, conforme DARFs de fls. 06 a 26, em cumprimento do disposto no Decreto-lei nº 1.940/82 e mantido pelas Leis nº 7.689/88, nº 7.787/89, nº 7.984/89 e nº 8.174/90.

Há consenso sobre a existência da inconstitucionalidade dos recolhimentos indevidamente efetuados a título de contribuição ao Finsocial, consoante se constata dos autos. Logo, deve-se afastar a existência de controvérsia sobre a matéria de fato.

O princípio da hierarquia das leis sobre a aplicação de norma infra legal é matéria pacificada neste egrégio. Em sua homenagem, com o mesmo me solidarizo, mesmo porque guarda relação com outro princípio basilar, aquele de controle da constitucionalidade das leis, que é o da segurança jurídica.

Assim, o cerne da lide resume-se na apreciação do termo inicial da contagem do prazo prescricional relativamente à restituição/compensação de indébito tributário de Finsocial recolhido no período supramencionado, a partir do julgamento pelo STF da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 em 16/12/92, que estabelecia a majoração da alíquota, originariamente de 0,5% (DL 1.940/82).

Com efeito, em tratando-se de direito a restituição de indébito tributário, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, que apreciou o *leading case* do FINSOCIAL, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/89, por majorar o valor da alíquota original, constituiu um novo marco, um fato superveniente, a partir do qual vislumbrou-se um novo referencial para o termo inicial da contagem de prazo decadencial ou prescricional, consolidando-se esse referencial com o advento da MP nº 1.110/95.

In casu, esse novo referencial impactou na interpretação da regra de contagem do prazo prescricional, provocando um deslocamento do enfoque quanto ao entendimento da regra aplicada pela decisão *a quo* para a resolução da lide, com base nos artigos 165 e 168 do CTN, que instruíram os Pareceres da PGFN e o AD/SRF nº 96/99, elementos de sustentação da tese ora contra-atacada.

Outro aspecto importante a ser registrado é que a matéria aqui tratada refere-se ao direito subjetivo do contribuinte, qual seja o direito a restituição/compensação de indébito tributário, cujo exercício não se pode opor a Fazenda Pública, eis que o mesmo encontra-se ancorado em disposições legais que

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

estabeleceram tanto a hipótese legal para a restituição através do art. 165-I do CTN, quanto para a compensação de crédito, através do art. 66 da Lei nº 8.383/91 c/c o art. 39 da Lei nº 9.250/95 e art. 1º do Dec. 2.138/97. (Sublinhei).

Ocorre que esse direito subjetivo foi lesionado pela inércia da Fazenda Pública que não promoveu a contrapartida correspondente, ou seja, a autoridade administrativa, em tempo hábil, não tomou a iniciativa de restituir o indébito nos termos do art. 165-I do CTN, uma vez que ocorreu o pagamento antecipado do tributo pelo contribuinte, ante o pressuposto da presunção da legalidade da lei posteriormente julgada inconstitucional.

Depreende-se a partir do desenvolvimento desse raciocínio, que a tese da decadência constante da decisão de primeira instância, trata do direito da Fazenda Nacional de constituir o crédito tributário através do lançamento, não sendo a mesma adequada, por não tratar-se, *in casu*, de direito a crédito a ser constituído pela União, porém, da obrigação de restituir aquela diferença que por direito passou a ser do contribuinte, ou seja, trata-se de prescrição.

Na impossibilidade do contribuinte questionar a restituição anteriormente ao julgado pelo STF, como também, na ausência de outro ato administrativo específico, mesmo após o julgamento da inconstitucionalidade da majoração retromencionada que viesse a se manifestar sobre o reconhecimento do indevido recolhimento do Finsocial com a alíquota majorada.

Nesse passo, já na plenitude do exercício do direito subjetivo pela ora recorrente, em ocorrendo o pleito, deve prevalecer o entendimento da adoção do termo inicial para a contagem do prazo relativamente ao direito à restituição/compensação do indébito do Finsocial, como sendo a data da publicação (31/08/95) da MP nº 1.110/95.

Significa dizer que havendo sido formulado o pedido de restituição/compensação em 10/09/99 e que a contagem do prazo deve ser feita mês a mês de acordo com a ocorrência de cada fato gerador, nos termos do art. 174 do CTN, encontra-se a recorrente em pleno direito ao reconhecimento do seu pleito, de acordo com a legislação vigente sobre a matéria, senão vejamos:

Assim dispõe o art. 174 do CTN, *litteris*:

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

A constituição definitiva que originariamente ocorreria com o pagamento antecipado e a homologação expressa ou com o decurso de prazo de cinco anos, passou a ocorrer com o julgamento da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 pelo STF, eis que até então, estaria o contribuinte impossibilitado de se manifestar a respeito de algo fora do alcance de sua competência.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

Alternativamente, sobre o direito de pleitear a restituição da contribuição paga a maior que o devido, dispõe o art. 122 do Dec. 92.698/86, *verbis*:

“Art. 122 – O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso de prazo de 10 (dez) anos, contados (Decreto-Lei nº 2.049/83, art. 9º):

I – da data do pagamento ou recolhimento indevido.”

Por sua vez, assinala o art. 9º do DL nº 2.049/83, *litteris*:

“Art. 9º - A ação para cobrança das contribuições devidas ao FINSOCIAL prescreverá no prazo de 10 (dez) anos, contados a partir da data prevista para seu recolhimento.”

Resta, com clareza meridiana, por uma regra ou por outra, esclarecido o conflito sobre o direito à restituição/compensação do indébito tributário, bem assim, como se efetuar a contagem do prazo para a restituição do indébito objeto da lide. É pertinente o pleito da recorrente.

Os argumentos ora oferecidos, também encontram guarida no julgado do STF já mencionado, nos arts. 1º e 4º do Dec. 2.346/97, no art. 17-III da MP nº 1.110/95, no art. 66 da Lei nº 8.383/91 e, subsidiariamente, nos julgados adiante transcritos, seja no âmbito dos Conselhos de Contribuintes ou do Judiciário, quais sejam as ementas:

“Ac. CSRF/01-03.239.

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

Em caso de conflito quanto à constitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

- a) - da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- b) - da Resolução do Senado que confere efeito “erga omnes” à decisão proferida ‘inter partes’ em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;
- c) - da publicação do ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.
Recurso Voluntário Provido.”

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

“Ac. 302-34.812.

QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO AO IBC. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO NA EXPORTAÇÃO. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO JULGAR PEDIDO DE RESTITUIÇÃO FORMULADO COM BASE EM DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELA VIA INDIRETA.

Tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade de lei por via indireta (controle difuso), esta perde sua presunção de constitucionalidade. E sendo assim, os órgãos de julgamento da Administração, responsáveis pelo controle da legalidade dos atos da própria Administração, devem apreciar pedidos de restituição de valores de tributos pagos em razão de lei declarada inconstitucional, ainda que pela via indireta.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

No âmbito dos tribunais temos:

TRIBUNAL PLENO – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 150764-PE.

EMENTÁRIO Nº 1698-08, DJ 02.04.93.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PARÂMETROS – NORMAS DE REGÊNCIA – FINSOCIAL - BALIZAMENTO TEMPORAL. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias – folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL característica de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-lei nº 1940/82, com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais – artigos 195 do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – preceito de lei que, a título de viabilizar o texto constitucional, toma de empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do artigo 9º da Lei nº 7.689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – TERCEIRA REGIÃO.

AC 420045-SP, 4ª T, Dec. 14/03/2003, DJU 14/03/2003, p. 504.

TRIBUTÁRIO. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE CÓPIAS ACOMPANHANDO A CONTRAFÉ. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTAS. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

DE CRÉDITOS DO FINSOCIAL COM A COFINS. LEI Nº
8.383/91. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS.

- I. O Documento de Arrecadação de Receitas Federais constitui prova hábil para a comprovação do recolhimento do tributo cuja compensação se pleiteia.
- II. Descabida a alegação de inépcia da inicial pelo fato de a contrafé não ter sido acompanhada de cópias dos documentos acostados à exordial, um vez que a ré poderia consultá-los e extrair as cópias que julgasse necessárias.
- III. Sendo o pedido suscetível de apreciação pelo Poder judiciário, não há que se falar em impossibilidade jurídica.
- IV. **O Plenário deste E. Tribunal, por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da 2ª parte do art. 9º da Lei nº 7.689/88, bem como das leis posteriores que majoraram as alíquotas do Finsocial (Arg. Inc. na AMS nº 38.950 – Reg. Nº 90.03.42053-0). (Destaquei).**
- V. O Finsocial é devido à alíquota de 0,5% (meio por cento), consoante dispõe o § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 1.940/82 até a entrada em vigor da Lei Complementar nº 70/91.
- VI. A teor do que reza o art. 66 da Lei nº 8.383/91 é possível a compensação dos créditos tributários, desde que as exações sejam da mesma espécie.
- VII. A identidade de regramento e destinação existente entre o Finsocial e a Cofins faz com que sejam consideradas contribuições da mesma espécie.
- VIII. A correção monetária deve incidir a partir do indevido recolhimento, nos termos da Súmula nº 162 do C. Superior Tribunal de Justiça.
- IX. Os juros devem incidir nos termos dos arts. 161 § 1º, c.c 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.
- X. Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.
- XI. Apelação e Remessa Oficial improvidas.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.388
ACÓRDÃO Nº : 301-30.686

Ante o exposto, conheço do recurso por preencher os requisitos à sua admissibilidade, para, no mérito, dar-lhe provimento, a fim de que seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne à prescrição.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 12 de junho de 2003



MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº: 10805.000996/00-33
Recurso nº: 126.388

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Primeira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 301-30.686.

Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,



Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 18/2/2004



Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FAZ. NACIONAL