



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.014959/00-37
SESSÃO DE : 02 de dezembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909
RECURSO Nº : 126.460
RECORRENTE : ELETRO MECÂNICA ELETRÔNICA RT LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR

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, em face da legislação tributária aplicável (CTN, art. 165-I).

COMPENSAÇÃO.

A compensação de créditos tributários é possível, *ex vi* do disposto no art. 1º do Decreto nº 2.138/97 e em Instruções Normativas SRF decorrentes.

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:

- a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN;
- b) a 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.

Obs.: igual decisão prolatada no Ac. CSRF/01-03.239.

TERMO INICIAL.

Ajusta-se à alínea "c" acima, eleger-se a IN/SRF nº 31, cuja data de publicação, 10.04.97, 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.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

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. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Roberta Maria Ribeiro Aragão e Luiz Sérgio Fonseca Soares votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 02 de dezembro de 2003

16 FEV 2004

MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LENCE CARLUCI, MÁRCIA REGINA MACHADO MELARÉ e ROOSEVELT BALDOMIR SOSA.

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909
RECORRENTE : ELETRO MECÂNICA ELETRÔNICA RT LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CURITIBA/PR
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

A DRF/São Paulo (fls. 23/24) indeferiu pedido de restituição/compensação da interessada, relativamente a créditos decorrentes de recolhimentos a maior efetivados ao FINSOCIAL, sob a alegação de que qualquer pagamento efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito, segundo entendimento expresso no AD SRF n.º 096, de 26/11/99.

O sujeito passivo procedeu à impugnação (fls. 27/29), alegando que a Decisão da DRF respaldou-se no AD SRF 096, de 26/11/99, **não questionando a certeza e a liquidez do crédito.**

Continua, afirmando que a contribuição ao FINSOCIAL foi instituída pelo Decreto-Lei n.º 1.940/82, sendo a matéria regulamentada pelo Decreto n.º 96.698, de 21/05/1986, que garante extensão de **dez anos** para o pedido de repetição de indébito.

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 n.º 2.049/83, art. 9º):

I – da data do pagamento ou recolhimento indevido."

Acrescenta que o pleito se enquadra no elenco dos direitos adquiridos, matéria de âmbito constitucional (Art. 5.º, XXXVI).

Por sua vez, a DRJ/Curitiba (fls. 32/35) comunga integralmente com o ponto de vista da DRF-São Paulo/SP.

Justificando tal anuência, diz estar plenamente alicerçada nos artigos 165, inciso I, e 168, inciso I, do CTN, sendo que a data da extinção do crédito, necessária para demarcar o termo inicial para a contagem do prazo quinquenal para o pedido de restituição/compensação, promana do próprio CTN, que no seu art. 156, inciso I, especifica o pagamento como modalidade de extinção do crédito.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

Assim, tendo a reclamante protocolizado o pedido em 02/01/2000, já havia decorrido o prazo de 5 anos, uma vez que o último pagamento ocorrera em 20/04/1992; em vista disso, aquela Autoridade de primeira Instância não acolheu a reclamação e manteve o indeferimento da DRF/São Paulo-SP.

O sujeito passivo interpõe, então, tempestivamente, recurso voluntário (fls. 38/40), nomeado como RV 126 460, no qual, mantém a postulação veiculada na impugnação e requer seja reformada a decisão de Primeira Instância, a fim de que seja procedida a restituição da contribuição a maior ao FINSOCIAL, na forma de compensação de tributos.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

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 08/01/92 a 20/04/92, conforme DARFs de fls. 13/14, 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 infralegal 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.

No entanto, o STF julgou a inconstitucionalidade em comento pela via difusa e, não tendo o Senado Federal promulgado Resolução de suspensão de executóriedade, facultada pelo Art. 52, X da CF, a discutida Lei nº 7.869/89 manteve-se em vigor para os não diretamente envolvidos no Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE.

Mas existe, a propósito, mecanismo de ampliação dos efeitos da decisão proferida em grau de controle difuso, que é inter partes. Para melhor discernir sobre a questão, vem a calhar invocar-se o Acórdão CSRF/01-03.239:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

“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.”

Ante a omissão do Senado, coaduna-se com a Ementa acima, a eleição da Instrução Normativa nº 31, de 08/04/97, cuja data de publicação, 10/04/97, enquadra-se perfeitamente nos termos da alínea “c”, constituindo-se marco inicial do prazo prescricional de postular os indébitos de FINSOCIAL. Eis a transcrição dos dispositivos específicos para a atual situação:

INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF, n.º 31, publicada em 10/04/97

“Art. 1.º - Fica dispensada a constituição de créditos da Fazenda Nacional relativamente:

.....

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9.º da Lei n.º 7.689, de 1998, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis n.º 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 n.º 2.397, de 21 de dezembro de 1987;”

Esse novo referencial impacta 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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

Fazenda Pública, eis que o mesmo encontra-se ancorado em disposições legais que estabeleceram tanto a hipótese legal para a restituição através do art. 165 inciso 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 o 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 inciso 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 de a contribuinte questionar a restituição anteriormente ao julgado pelo STF, surge a IN SRF 31, publicada em 10/04/97, que veio a se manifestar sobre o reconhecimento do indevido recolhimento do FINSOCIAL com a alíquota majorada.

Significa dizer que, havendo sido formulado o pedido de restituição/compensação em 02/10/2000, nos termos do art. 174 do CTN a contagem do prazo a partir do termo inicial (10/04/97) perfaz 3 anos; portanto, encontra-se a recorrente em pleno direito ao reconhecimento do seu pleito, de acordo com a citada 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.

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*:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

"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 Decreto-lei 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. 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

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 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.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.460
ACÓRDÃO Nº : 301-30.909

- 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.

Ante o exposto, conheço do recurso, afastando as preliminares suscitadas, para no mérito, dar-lhe provimento, afim de que seja reformada a decisão *a quo*.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 02 de dezembro de 2003



MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator

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

Processo nº: 10880.014959/00-37
Recurso nº: 126.460

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 301-30.909.

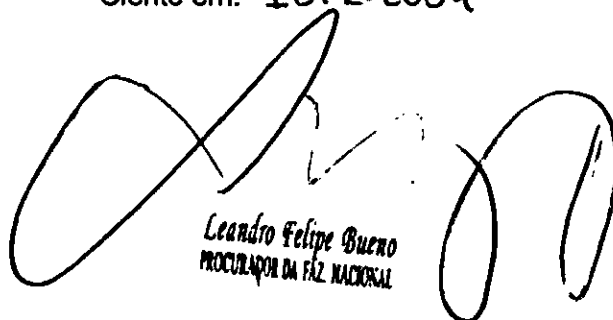
Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,



Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 16.2.2004



Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FÁZ. NACIONAL