



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10880.031731/97-06
SESSÃO DE : 07 de novembro de 2003
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858
RECURSO Nº : 126.921
RECORRENTE : KENIA INDÚSTRIAS TÊXTEIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. ISONOMIA DE TRATAMENTO. CONTAGEM DE PRAZO. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO.

MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE.

O STF julgou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88, que majorou a alíquota do FINSOCIAL, pela via incidental.

ISONOMIA DE TRATAMENTO.

O Dec. 2.346/97 estabeleceu que cabe aos órgãos julgadores singulares ou coletivos da administração tributária afastar a aplicação da lei declarada inconstitucional.

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

PRESCRIÇÃO.

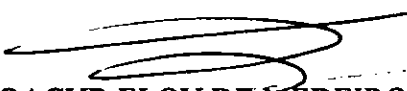
A ação para a cobrança do crédito tributário pelo sujeito passivo prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, para afastar a decadência e devolver o processo à DRJ, para julgamento do mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Roberta Maria Ribeiro Aragão. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Sérgio Fonseca Soares e José Lence Carluci votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 07 de novembro de 2003

116 FEV 2004


MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

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

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858
RECORRENTE : KENIA INDÚSTRIAS TÊXTEIS LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

A decisão *a quo* prolatada através do Acórdão DRJ/SPO nº 00.063/01 (fls. 95/100), manifestou-se pela procedência do lançamento, consoante a ementa adiante transcrita:

"FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso de prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário."

O voto condutor da decisão de Primeira Instância argüiu, sucintamente:

- Que o prazo prescricional para o pedido de restituição ocorre *ex vi* do art. 168 – I do CTN, ou seja, extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data do pagamento indevido, considerando-se para tanto, que sendo o FINSOCIAL sujeito ao lançamento por homologação, deve-se considerar que cabe ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, bem como que o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos do art. 150, § 1º, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.
- Portanto, em sendo a eficácia do pagamento efetuado pelo contribuinte imediata, imediato é o seu efeito liberatório, imediato é o efeito extintivo, imediata é a extinção definitiva do crédito.
- Que o direito do contribuinte pleitear o débito do Fisco, considerando-se os pagamentos constantes do demonstrativo de fl. 43, situados entre 15/10/89 e 20/04/92 (DARF's, fl. 04/34), mediante compensação de todos os valores que entendeu ter pago indevidamente, deveria ter sido protocolado até no máximo 24/0//97, razão pela qual ratifica o despacho decisório nº 184/00, fl. 58.


MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

A recorrente, por sua vez, insurgindo-se contra a referida decisão, que indeferiu o seu pleito protocolado em 03/11/97, baseado na decisão do STF que julgou inconstitucional a majoração da alíquota do FINSOCIAL além de 0,5%, invocou sucintamente:

- Que após cumprir as exigências contidas nas IN/SRF nº 21/97, 31/97 e 32/97, postulou a compensação com base no CTN, art.s 165, 168 e 169.
- Que a regularidade dos recolhimentos indevidos foram constatados pela SECOCA/DIVAR (fls. 44/46).
- Que ainda assim, o pleito formalizado para a realização da compensação foi indeferido com base no ADN/SRF nº 96/99 e Parecer PGFN/CAT nº 1538/99.
- Que a decisão do STF que julgou a inconstitucionalidade da majoração da alíquota do FINSOCIAL foi publicada no DOU em 16/12/92, e que a data de protocolo de seu pleito junto a unidade da SRF, foi em 03/11/97, portanto, dentro do prazo quinqüenal previsto nos arts. 165-I e 168-I do CTN.
- Que a norma infralegal não tem o condão de modificar o texto legal.
- Menciona julgados diversos em apoio a sua tese (fls. 107/108).
- Requer a reforma da decisão *a quo*, para que se proceda a devida compensação.

É o relatório.



RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

VOTO

Versa a matéria sobre um pedido de restituição de indébito de FINSOCIAL formalizado pela postulante junto a SRF, com base no julgado do STF que declarou a inconstitucionalidade dos art. 9º da Lei nº 7.689/88, art. 7º da Lei nº 7.787/89, art. 1º da Lei nº 7.984/89 e art. 1º da Lei nº 8.174/90.

A Recorrente alega que recolheu indevidamente à União tributo com a alíquota superior a 0,5% (meio por cento), no período de apuração compreendido entre 15/10/89 e 20/04/92, conforme DARFs de fls. 04/34, em cumprimento do disposto nos artigos supramencionados.

Entendeu a Egrégia Corte que tais artigos manifestaram incompatibilidade com o art. 195 da Carta Magna e do art. 56 do ADCT, eis que tornaram excessivos os recolhimentos efetuados pelos contribuintes a título de contribuição ao FINSOCIAL, desde o exercício de 1989 até a vigência da Lei Complementar nº 70/91, que criou a COFINS, julgando em sessão plenária de 16/12/92, o *leading case* do FINSOCIAL, através do Recurso Extraordinário nº 150764-1-PE, para declarar a sua inconstitucionalidade.

A tese apresentada pela decisão *a quo* desqualifica o pedido da ora recorrente por entender que o prazo prescricional para o pedido de restituição, extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data do pagamento indevido, considerou a autoridade administrativa para tanto que, sendo o FINSOCIAL sujeito ao lançamento por homologação, caberia ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, bem como que o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos do art. 150, § 1º, extinguiu o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, condição esta desnecessária, posto que o pagamento extinguiria de imediato o referido crédito tributário.

Atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, tendo em vista o princípio do livre convencimento (art. 131, CPC), passa este Julgador à apreciação dos elementos constitutivos dos autos.

Relativamente às preliminares suscitadas por ocasião da interposição do recurso, têm-se que:

- Em se tratando de restituição de indébito tributário julgado definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento que deve ser afastada a aplicação da lei considerada inconstitucional de acordo com o Dec. 2.346/97, favorecendo a recorrente em seu pleito;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

- O princípio da hierarquia das leis sobre a aplicação de norma infralegal, é matéria pacificada nos tribunais administrativos e judiciais, notadamente, 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;
- Que o referido entendimento preservou a exigência da alíquota de 0,5% (meio por cento) para as empresas contribuintes no exercício de 1989 em diante, até a vigência da Lei Complementar nº 70/91, que criou a COFINS;

No mérito, relativamente ao direito a restituição do indébito tributário, observou-se que:

A esse respeito o art. 1º do Dec. nº 1.601/95, de 23/08/95, dispensou a PGFN de interpor recursos contra as contribuições indicadas no Anexo do mesmo *mandamus*, desde que inexistisse qualquer outro fundamento relevante.

Por sua vez o art. 17-III da MP nº 1.110/95, de 30/09/95, reeditado através da MP nº 1.142/95 e alterado pelo art. 18-I da MP nº 1.973-56/99 (atual Lei nº 10.522/02), tratou de dispensar a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como dívida ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelar o lançamento e a inscrição, relativamente à contribuição do FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689/88.

Ante a falta de outro ato específico que tratasse sobre a matéria, a MP preencheu uma lacuna há muito existente, qual seja, a de pressuposto formal do ato administrativo a reconhecer o caráter indevido da exação tributária, bem como de referência quanto ao marco inicial para a realização da contagem do prazo para a exigência da restituição do indébito.

Com a finalidade de regulamentar a matéria concernente à repetição do indébito, veio o art. 1º do Dec. 2.346/97, determinando que as decisões do STF que fixassem de forma inequívoca e definitiva interpretação do texto constitucional, deveria ser uniformemente observado pela Administração Pública Federal direta e indireta.

Na seqüência, o parágrafo único do art. 4º do mesmo *mandamus*, ao determinar aos órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, para afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição. (sublinhei).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

Corroborando com essa tese, menciona-se as ementas de julgados, quais sejam:

“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.”

“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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

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.

A ilustração dos fatos, os julgados supramencionados, bem como, o reconhecimento pelas autoridades administrativas quanto à restituição do indébito tributário, com as quais me solidarizo, dispensa outros comentários quanto ao direito à restituição.

Consoante esse entendimento, a regra que deveria ter sido aplicada ao caso pela autoridade administrativa, encontra amparo legal no art. 165-I do CTN, nos Dec. 2.346/97, Dec. 2.138/97, 2.194/97 e na IN/SRF nº 31/97.

Por tratar-se de tributo lançado por homologação (art. 150 do CTN), o sujeito passivo da obrigação tributária, a partir uma situação de fato e por força de dispositivo legal, apurou o valor do tributo, efetuou o pagamento antecipado e o declarou à Fazenda Nacional.

À luz do art. 156-VII do mesmo *mandamus*, apresentam-se os pressupostos para a extinção do crédito quais sejam, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do art. 150 e seus §§ 1º e 4º, destacando-se este último, *litteris*:

“§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Ressalte-se que sendo a atividade do lançamento do crédito ou a sua restituição uma atribuição exclusiva da autoridade administrativa nos termos do art. 142 do mesmo diploma legal, e que não constando dos autos nenhum procedimento administrativo no período de cinco anos inerente à restituição pleiteada, configurou-se a inércia da Fazenda Pública que, negando a vigência do art. 165 – I do CTN, deu

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 126.921
ACÓRDÃO Nº : 301-30.858

causa à decadência do exercício privativo de seu direito de manifestar-se sobre a matéria.

Nesse período, por conseguinte, surge a oportunidade ao exercício do direito subjetivo pelo contribuinte, que até então não poderia intervir. Outrossim, não constatou-se a ocorrência de dolo, fraude ou simulação de sua parte.

Pagamento e homologação são pressupostos que espelha a relação contribuinte-fisco ou vice-versa, não devendo existir a preterição de um ou de outro.

Destarte, a matéria em debate, trata do direito à restituição de indébito tributário. Depreende-se de sua análise que o julgador deveria interpretá-la de forma sistematizada à luz do art. 150, porém, integrando-o com o art. 174, ambos do CTN, que enfocando o tema diferentemente, trata da prescrição do direito à restituição do referido crédito pelo sujeito passivo, ora recorrente, senão vejamos:

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

A partir daí, inicia-se a contagem de prazo de cinco anos para a exigência do indébito tributário pelo sujeito passivo.

Assinale-se que o pagamento ou recolhimento do FINSOCIAL apenas foi considerado indevido a partir do Julgado pelo STF, visto que antes daquela data, o mesmo era efetuado sob a presunção de legalidade e, que, ante a ausência de ato específico, a MP já mencionada pode ser utilizada como referencial.

Assim, de pronto, com clareza meridiana, resta-se esclarecido sobre como se efetuar a contagem do prazo para a restituição do indébito objeto do litígio.

Relativamente ao termo inicial da contagem do prazo prescricional, na falta de outro específico, a data de publicação da MP nº 1.110/95 no DOU serve como referencial.

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 07 de novembro de 2003


MOACYR ELOY DE MEDEIROS - Relator

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

Processo nº: 10880.031/731/97-06
Recurso nº: 126.921

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 301-30.858.

Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,


Meacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 16/2/2004


Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FÍZ. NACIONAL