



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Recurso nº : 128.228
Matéria : FINSOCIAL - Ex(s): 1989 a 1992
Recorrente : PANIFICADORA PARQUE CONTINENTAL LTDA.
Recorrida : DRJ-CURITIBA/PR
Sessão de : 24 de janeiro de 2002
Acórdão : 103-20.827

FINSOCIAL - INCONSTITUCIONALIDADE - RESTITUIÇÃO - É de cinco anos o prazo para requerer restituição, contados: a) nos casos de controle concentrado, após o trânsito em julgado da decisão do STF; b) na hipótese de controle difuso, a partir da publicação da Resolução do Senado Federal. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do recurso voluntário interposto por PANIFICADORA PARQUE CONTINENTAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para reconhecer o direito à restituição pleiteada, vencido o Conselheiro Cândido Rodrigues Neuber que negou provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


CÂNDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PASCHOAL RAUCCI
RELATOR

FORMALIZADO EM : 25 FEV 2002

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NEICYR DE ALMEIDA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, EUGÊNIO CELSO GONÇALVES (Suplente Convocado), JULIO CEZAR DA FONSECA FURTADO e VICTOR LUÍS DE SALLES FREIRE.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

Recurso nº : 128.228
Recorrente : PANIFICADORA PARQUE CONTINENTAL LTDA.

RELATÓRIO

1. O presente processo versa sobre pedido de restituição, cumulado com pedido de compensação com débitos vincendos, no valor de R\$ 1.873,30, formulados em 03/12/99, e referentes a Finsocial Faturamento recolhidos indevidamente no período de dezembro/89 a abril/92, conforme DARF's originais juntados a fls. 17/45.

2. O pleito do contribuinte foi indeferido pela Divisão de Tributação da DRF/SP, conforme Despacho Decisório nº 924/2000, o qual reporta-se ao Ato Declaratório nº 96, de 26/11/99 e Parecer PGFN/CAT nº 1538 de 1999, de onde foi transcrita a seguinte argumentação:

" ... 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 do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário - art. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional)."
(Fls. 49)

3. Tomando ciência do despacho denegatório da DRF/SP em 23/01/2001 (fls. 51), a interessada apresentou impugnação à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo em 05/02/2001 (fls. 52/54), alegando que o art. 122 do Decreto nº 92698 de 21/05/82, que aprovou o Regulamento do FINSOCIAL, dispõe, "in verbis":

" Art. 122 - O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos, contados (Decreto-Lei nº 2049/83, art. 9º) :

I- da data do pagamento ou recebimento indevido."



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

4. Contesta ainda a aplicação do PGFN/CAT nº 1538/99, alegando que o mesmo não se refere à Contribuição ao Finsocial, mas sim a tributos, estes sim sujeitos ao CTN.

5. Assevera, mais, que o pedido da interessada enquadra-se " no elenco dos direitos adquiridos, matéria de âmbito constitucional (art. 5º, XXXVI, CF) ", aduzindo que " se a lei não pode prejudicar o direito adquirido, não será o Ato Administrativo capaz de cercear o seu exercício."

6. Arremata suas considerações consignando que " o princípio da segurança das relações jurídicas, tão propalado no PGFN/CAT nº 1538/99, não tolera a violação de direito qualquer, tampouco o direito adquirido."

7. Em virtude da Portaria SRF nº 416/2000, o processo foi encaminhado à DRJ-Curitiba/PR, que indeferiu a solicitação do contribuinte, conforme Decisão nº 713/2001, consubstanciada na ementa do seguinte teor (fls. 56)

" FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO / COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA - O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pagos 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 transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida."

8. Cientificada da Decisão da DRJ-Curitiba/PR em 21/08/2001 (AR de fls. 61), o contribuinte apresentou recurso de fls. 62/64 em 17/09/2001, reproduzindo integralmente as alegações formuladas na fase impugnatória.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

VOTO

Conselheiro PASCHOAL RAUCCI, Relator

9. O recurso é tempestivo e preenche os requisitos para sua admissibilidade, por isso dele tomo conhecimento.

10. A matéria tratada nos presentes autos tem ensejado diversas opiniões jurídicas, com nuances significativas, conduzindo a conclusões e efeitos divergentes.

11. "Máxima data vênua", permito-me externar o meu entendimento sobre o assunto, que procurarei sintetizar na seguinte ordem de idéias.

12. Já na década de sessenta, quando então Secretário da Justiça do Estado de São Paulo, o I. Professor Miguel Reale elaborou extenso Parecer publicado no Diário Oficial daquele Estado, defendendo a tese de que são nulos de pleno direito os atos legislativos inconstitucionais, os quais, portanto, não produzem qualquer efeito, desde o seu nascedouro, pois eivados de vícios jurídicos insanáveis.

13. Dispensa maiores comentários o princípio da reserva legal para instituição de tributos (CF, art. 150, I e CTN, art. 97, I) e que o crédito tributário é constituído pelo lançamento, sendo este uma atividade administrativa vinculada e obrigatória (CTN, art. 142, "caput" e seu parágrafo único).

14. A vinculação na atividade de lançamento é com a lei, mais precisamente a lei vigente e com eficácia na data da ocorrência do fato gerador (CTN, art.144).

15. Pode-se afirmar, pois, que o lançamento e o crédito tributário dele decorrente emanam diretamente da lei.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

16. Ora, a declaração de inconstitucionalidade de lei tributária implica em reconhecer-lhe ineficácia jurídica plena, "ex tunc".

17. Assim, se a lei considerada inconstitucional criou tributo, e com fundamento nesse diploma legal foram efetuados lançamentos e constituídos créditos tributários, tais lançamentos e respectivos créditos somente existem sob o aspecto formal, mas juridicamente são atos natimortos, não produzindo quaisquer efeitos, pois a norma legal que os ampararia, em virtude da sua nulidade, é como se nunca tivesse integrado o mundo jurídico em que foi indevidamente incluída.

18. Dessarte, entendendo descabida, para fins de contagem de prazo decadencial de restituição ou compensação, a fundamentação contida na decisão recorrida:

"... após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da extinção do crédito tributário - arts. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional)"

pois só há crédito tributário se este foi constituído com fundamento em lei válida, hipótese inexistente quando declarada sua nulidade, por vício de inconstitucionalidade.

19. E óbvio, pois, que cobranças e pagamentos efetuados com base em disposições legais nulas, em virtude de sua inconstitucionalidade, geram ao contribuinte um direito indiscutível à devolução ou compensação, mas não menos evidente que tal direito há que ser exercitado num prazo determinado, sob pena de se criar ao Estado obrigação "ad-eternum", contrariando os Princípios Gerais de Direito e de Segurança Jurídica .

20. Resta, pois, a meu ver, examinar o termo inicial da contagem do prazo decadencial que, nos casos de declaração de inconstitucionalidade de leis, podem ser os seguintes :



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

- a) nos casos de controle concentrado (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade), após o trânsito em julgado da decisão do STF, em virtude de produzir efeitos "erga-omnes" e vinculante para a Administração Fazendária;
- b) nas hipóteses de controle difuso (vários ou todos os órgãos judiciais têm competência para declarar a inconstitucionalidade), a partir da publicação de Resolução do Senado Federal, suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional, pois só aí é que estariam abrangidos os demais não-participantes do litígio (efeito "erga-omnes").

21. É ainda oportuno lembrar que na decadência opera-se a perda de um direito, enquanto na prescrição verifica-se a perda do direito de ação; mas tanto num como noutro caso, o fator determinante de um e do outro instituto tem a mesma motivação: não exercício de prerrogativa durante um certo lapso de tempo.

22. No caso de controle difuso, em relação a terceiros, que não fazem parte da ação em que foi declarada a inconstitucionalidade da lei, o direito à restituição ou compensação somente se manifesta com a publicação de Resolução do Senado Federal, não sendo viável o início de contagem de prazo decadencial antes disso, pois não se vislumbraria qualquer inação por parte do beneficiário (fator determinante da decadência), impedindo, "ipso facto", a fluência do prazo decadencial.

23. Quanto ao Decreto nº 92698/66, regulamentador da lei instituidora do FINSOCIAL, que expressamente estabeleceu, em seu art. 122, ser de 10 (dez) anos o prazo decadencial para pleitear restituição, incumbe fazer as considerações adiante anotadas.

24. O Decreto acima mencionado guarda correlação com a Lei nº 8212/91, que em seu art. 45 dispôs:

"Art. 45 - O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos." (Grifamos)



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº : 10880.033921/99-76
Acórdão : 103-20.827

25. Diversos são os julgados deste Primeiro Conselho de Contribuintes, dentre eles os Acórdãos nº 103-20015/99 e 107-05259/98, firmando o entendimento de que as contribuições sociais, embora não compondo o elenco dos impostos, têm caráter tributário, devendo seguir as regras inerentes aos tributos, no que não colidir com as constitucionais que lhes forem específicas.

26. Essa diretriz apóia-se nas disposições dos artigos 146, inc. III e 149 da Constituição Federal de 1988, segundo as quais a decadência do direito de lançar contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar.

27. Assim, à falta de lei complementar específica dispendo sobre a matéria, ou de lei anterior recepcionada pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional.

28. O Decreto nº 92.698/86 que, como mencionado, estabeleceu o prazo de 10 (dez) anos para requerer restituição de Finsocial, igualmente não foi recepcionado pela Carta Magna de 1988, submetendo o pedido de restituição do Finsocial às mesmas normas de caducidade aplicáveis aos demais tributos e contribuições sociais, "in casu" a do art. 168 do CTN, procedendo-se à contagem dos prazos em consonância com o mencionado no item 20, alíneas "a" e "b" deste.

CONCLUSÃO

Pelas razões fáticas e jurídicas supra e retro expostas, dou **PROVIMENTO** ao recurso voluntário, para que seja reconhecido o direito de pleitear a restituição do Finsocial, no prazo de 5 (cinco) anos, contados na forma descrita no item 20, alíneas "a" e "b" deste.

Sala das Sessões - DF, em 24 de fevereiro de 2002


PASCHOAL RAUCCI