MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	13116.000294/99-09
SESSÃO DE	:	12 de junho de 2003
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.687
RECURSO Nº	:	126.484
RECORRENTE	:	TRANSBRASILIANA TRANSPORTE E TURISMO LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/BRASÍLIA/DF

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 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

17 FEV 2004

MOACYR ELOY DE MEDEIROS
Presidente e Relator

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.

hf/1

RECURSO Nº	:	126.484
ACÓRDÃO Nº	:	301-30.687
RECORRENTE	:	TRANSBRASILIANA TRANSPORTE E TURISMO LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/BRASÍLIA/DF
RELATOR(A)	:	MOACYR ELOY DE MEDEIROS

RELATÓRIO

Trata-se de um pedido de restituição/compensação de indébito de FINSOCIAL, relativamente aos valores recolhidos indevidamente com a alíquota superior a 0,5% à União, no período de apuração compreendido entre set/89 a jun/91, com base nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, nº 7. 894/89 e nº 8.147/90, declaradas inconstitucionais em decisão judicial prolatada pelo e. TRF 1ª RF, havendo a AMS. nº 91.4651-5 impetrado pela Recorrente, transitado em julgado em 18/04/95, confirmando o seu pedido para recolhimento do FINSOCIAL pela alíquota de 0,5% (meio por cento) consoante o Decreto-lei nº 1.940/82, sem os acréscimos promovidos pelas leis supramencionadas.

A interessada pleiteou o reconhecimento do seu crédito para fim de compensação com FINSOCIAL no período de apuração entre jul/91 e mar/92, bem como, com a COFINS parcelada através dos procs. Nºs 13116.000509/98-84, 10120.500612/98-27 e10120.000773/94-46, respectivamente, sendo que os dois últimos encontram-se inscritos na dívida ativa da União (fls. 02/03).

O Despacho Decisório SOTRI/DRF/ANÁPOLIS nº 004/00, argúi que decorreram mais de cinco anos entre a data do último recolhimento indevido (07/11/91) e a data do pedido de restituição (09/07/99), julgando pela decadência do direito do contribuinte com fulcro nos arts. 165-I e 168-I do CTN.

A decisão DRJBSA nº 1029/00, ratificou o despacho decisório SOTRI/DRF/ANÁPOLIS nº 004/00, argüindo, entretanto, que a majoração das alíquotas do Finsocial para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços é constitucional, por conseguinte, indevida a restituição de valores pagos a este título, bem como, que a decisão transitada em julgado em uma ação declaratória, em que se cuidou de questões situadas no plano do direito fiscal material, não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência, tratando-se de relação jurídica continuativa. Acolhe a tese sob a fundamentação de que o pagamento extingue o crédito tributário nos termos do art. 156-I e, que o direito à restituição extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário, conforme previsto no art. 168-I e 156-I, todos do CTN. Subsidiariamente, apoia-se a tese no AD/SRF nº 96/99.

A recorrente, tempestivamente, por entender que a autoridade julgadora não aplicou corretamente o disposto na legislação, principalmente, os

princípios que regem a sua atividade, fundamenta a sua tese a partir dos pilares quais sejam:

- Que nos casos de tributo sujeito ao lançamento por homologação (art. 156, CTN), a extinção do crédito tributário ocorre nos termos do inciso VII e não do inciso I como entenderam a DRF/Anápolis e a DRJ/Brasília, ou seja, que extinguem o crédito tributário o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do art. 150 e seus §§ 1º e 4º, incluindo-se aí o inciso X do art. 156, da decisão passada em julgado.

- Que quanto a forma de extinção em comento, há que considerar-se o disposto no Livro III, Título II do Dec. Nº 92.698/86, art. 120 que determina que caberá restituição ou ressarcimento da contribuição nos casos de pagamento indevido ou a maior, inclusive quando este resultar de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

- Que o art. 122 do mesmo mandamus dispõe que o direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso de prazo de dez anos, contados (DL nº 2.049/83, art. 9º-I e II): I- da data do pagamento ou recolhimento indevido; II- da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que haja reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

- Que o trânsito em julgado de decisão judicial faz lei entre as partes, nos termos do art. 468 CPC, o qual dispõe que "a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

- Que o art. 220 da lei processual diz que "o disposto no artigo anterior aplica-se a todos os prazos extintivos previstos na lei". (Grifado).

- Que a autoridade julgadora distorceu o texto legal, mais especificamente o art.165 c/c 168 e 156 do CTN, para supostamente "revestir" de legalidade a decisão mantida, ignorando outros comandos legais que amparam o direito da recorrente, tais como os arts. 219, 220 e 468, do CPC; art. 150 do CTN; arts. 46, 120 e 12, do Dec. 92.698/86, dentre outros.

- Menciona, ainda, o art. 5º-XXXVI, CF, que reza que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". (Grifado).

- Que acerca do papel da autoridade administrativa, o Parecer CST nº 67/86 manifesta-se: "4.1- A própria administração tributária tem o dever de reconhecer o ato ilícito, representado pelo pagamento sem título, aceito ou exigido" e; "4.2- O direito assegurado, pelo art. 165 do CTN, ao sujeito passivo, ultrapassa a simples permissividade, contrapondo-se-lhe a obrigação que tem o sujeito ativo de efetuar a restituição, em face do direito público subjetivo, outorgado pela constituição ao sujeito passivo de ser tributado exatamente como prescreve a lei".

Requer a reforma da decisão *a quo* e a concessão do direito à restituição/compensação dos créditos de FINSOCIAL com débitos de COFINS, conforme prescrições legais e jurisprudenciais.

É o relatório.

RECURSO Nº : 126.484
ACÓRDÃO Nº : 301-30.687

VOTO

Versa a matéria sobre um pedido de restituição/compensação de indébito de FINSOCIAL, ou seja, de valores recolhidos indevidamente pela Recorrente com a alíquota superior a 0,5% à União, no período de apuração compreendido entre set/89 a jun/91, com base nas Leis nºs 7.738/89, 7.787/89, nº 7. 894/89 e nº 8.147/90, declaradas inconstitucionais em decisão judicial prolatada em AMS. nº 91.4651-5, impetrado pela recorrente, que apreciado pelo e. TRF 1ª RF, transitou em julgado em 18/04/95.

O cerne da querela reduz-se à correta aplicação da lei quanto o termo inicial e como deve ser realizada a contagem do prazo, uma vez que o direito à restituição já foi reconhecido.

O julgado *a quo* adotou a tese da decadência com fulcro nos art. 156-I e 168-I do CTN, a partir da qual o direito do pleito à restituição do indébito, extingue-se com o transcurso de cinco anos, contado do pagamento do tributo.

Entretanto, a matéria em comento não trata de direito à constituição de crédito tributário pelo lançamento e a respectiva homologação pela SRF, porém, do direito à restituição de indébito tributário do sujeito passivo da relação tributária fisco-contribuinte, julgado inconstitucional em ação declaratória, portanto, trata-se de direito subjetivo do contribuinte, com fulcro nos arts. 156-X e 165-I do CTN.

Com efeito, houve o procedimento da antecipação do pagamento de tributo maior que o devido pelo contribuinte, por força de disposição legal e ante a presunção de legitimidade da lei julgada inconstitucional, não havendo a contrapartida, que seria a restituição por parte da autoridade administrativa.

A inércia da autoridade administrativa, ao não atender ao comando dos artigos supramencionados, mesmo havendo decisão judicial transitada em julgado em favor do contribuinte, destoa, inclusive, da orientação administrativa consoante o parecer CST nº 67/86, itens 4.1 e 4.2. Logo, não merece prosperar tal entendimento, pois que equivocado, implica em prejuízo ao contribuinte, notadamente, por invadir o campo do seu direito subjetivo, ou seja, do direito à restituição do indébito tributário.

Assinale-se que a superveniência do trânsito em julgado da AMS nº 91.4651-5 alterou aquela que seria a data originária, produzindo um novo referencial para o início da contagem de prazo, como se constatará dos julgados adiante mencionados no âmbito dos Conselhos de Contribuintes e Câmara Superior de Recursos Fiscais.

A Carta Magna estabelece em seu art. 5º - XXXVI, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, ao se proceder a análise da matéria, deve-se interpretá-la de forma sistematizada à luz do art. 150, já que houve o pagamento antecipado do tributo e a lesão do direito subjetivo do contribuinte motivado pela inércia da Fazenda Pública, integrada 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." (Sublinhei).

Ocorre que antes da sentença passada em julgado, não poderia a interessada argüir o seu direito à restituição/compensação, eis que os pagamentos efetuados decorriam da existência de presunção de legitimidade da lei, ou seja, ainda não havia como o contribuinte exercer a plenitude de seu direito subjetivo, apenas podendo exercê-lo a partir da publicação do acórdão que julgou inconstitucional a referida lei, momento esse em que a Administração deveria promover a devida restituição no decurso de prazo de cinco anos. Como não o fez, então o requer a ora recorrente, respaldada pelo art. 174 do CTN.

O pressuposto para a restituição pleiteada encontra-se no *caput* e inciso I do art. 165 do CTN.

Alternativamente, trás a recorrente aos autos o seu argumento sobre o direito de pleitear a restituição da contribuição paga a maior que o devido, nos termos do 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 recollhimento."

É notório que o fato gerador do tributo em tela ocorre mensalmente e que a data da formulação do pedido de restituição consta de 08/07/99 (fl. 01/02), relativamente ao período de apuração entre jul/91 e mar/92. Portanto, não

transcorridos ainda os dez anos, consoante estabelece o art. 9º do Decreto-lei nº 2.043/83. Logo, a considerar-se também essa premissa, assiste razão à recorrente.

Quanto à compensação, é procedente o pleito formulado eis que o mesmo encontra amparo legal no art. 170 do CTN c/c o art. 66 da Lei nº 8.383/91, no qual a lei atribui à autoridade administrativa a autorização para efetuar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública, notadamente aqueles cuja natureza e destinação são as mesmas.

Restam, então, esclarecidos os questionamentos objeto da lide, como também, que o raciocínio ora desenvolvido sobre o termo inicial e a contagem do prazo para a restituição do indébito guardam relação com a legislação de regência, consoante corroboram as ementas dos julgados adiante transcritos:

> "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 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.

De outra parte, a decisão *a quo* adotou o comando do art. 156-I do CTN como o elemento central para a sua decisão, considerando, assim, que o pagamento do tributo simplesmente levaria a extinção do crédito, o que vai de encontro ao disposto no inciso VII do mesmo diploma legal, o qual estabelece que "o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º". (Sublinhei).

Note-se que o Fisco manteve-se inerte não exercendo o seu direito privativo de promover a restituição do crédito tributário, ensejando com essa atitude, uma falsa impressão como se houvesse decaído o direito do contribuinte à restituição do indébito tributário, bem como, que a constituição do crédito tributário seria efetuada através do lançamento pelo sujeito passivo, ou seja, um auto lançamento .

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:13116.000294/99-09
Recurso nº: 126.484

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2° 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 301-30.687.

Brasília-DF, 09 de fevereiro de 2004.

Atenciosamente,

Moacyr Eloy de Medeiros
Presidente da Primeira Câmara

Ciente em: 17/2/2004

Leandro Felipe Bueno
PROCURADOR DA FAZ. NACIONAL