MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº	:	13727.000377/99-83
Recurso nº	:	131.876
Acórdão nº	:	301-32.070
Sessão de	:	12 de agosto de 2005
Recorrente	:	TRÊS RIOS AUTOMÓVEIS S/A.
Recorrida	:	DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRAZO PARA EXERCER O DIREITO.
O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos, contado de 12/6/1998, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação.
RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL, PARA DETERMINAR O RETORNO DO PROCESSO À DRJ PARA EXAME DO MÉRITO.

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 com retorno do processo para exame do pedido, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Relatora

Formalizado em: 23 FEV 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Valmar Fonsêca de Menezes, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann e Carlos Henrique Klaser Filho.

tmc

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

> "A empresa acima identificada apresentou manifestação de inconformidade (fls. 291/300) contra o despacho decisório da DRF – Volta Redonda (fls. 282/288), que indeferiu parcialmente o Pedido de Restituição do Finsocial, sendo que os recolhimentos a maior ou indevidos foram relativos aos períodos de apuração de setembro de 1989 a março de 1992.
>
> Para os recolhimentos referentes aos períodos de apuração de setembro de 1989 a setembro de 1991, efetuados entre 04/10/1989 a 04/10/1991, o despacho decisório da DRF – Volta Redonda indeferiu a solicitação do contribuinte, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999. Entretanto, para os períodos de janeiro a março de 1992, cujos recolhimentos se estenderam até 30/12/1998, mediante processo de parcelamento, o contribuinte teve o direito creditório reconhecido.
>
> O interessado contesta o despacho decisório que indeferiu seu pleito argumentando, em síntese, que:
>
> 1) O direito do contribuinte à restituição, no caso vertente, surgiu quando o Supremo Tribunal Federal declarou, de forma definitiva, a inconstitucionalidade da elevação da alíquota da contribuição ao Finsocial em percentual superior a 0,5% (meio por cento), RE nº 150.764-1 PE, de 16 de dezembro de 1992, publicado no DJU em 02/04/93, caracterizando-se para a empresa, como para as demais empresas mercantis e mistas, o pagamento a maior que o devido;
>
> 2) A restituição de tributos pagos indevidamente ou a maior que o devido está prevista no artigo 165 do Código Tributário Nacional;
>
> 3) Embora reconhecendo a inconstitucionalidade da exação em percentual superior a 0,5% (meio por cento), e, em decorrência, dispensando a constituição, a inscrição, o ajuizamento de créditos, e cancelando o lançamento e a inscrição – Medida Provisória nº 1.110/95, a Fazenda Pública não admitiu a restituição de quantias pagas a maior, conforme o estatuído no parágrafo 2º, do artigo 17 da referida Medida Provisória;

4) A restituição administrativa dos valores pagos a maior somente foi autorizada em 10 de junho de 1998 – mais de cinco anos após ter sido declarada inconstitucional pelo STF e quase três anos após o seu lançamento ter sido cancelado – pela Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998;

5) No âmbito da Secretaria da Receita Federal, a restituição dos valores pagos a maior a título de Finsocial está admitida no artigo 2º da Instrução Normativa nº 21, de 10 de março de 1997, e alterações posteriores;

6) O Egrégio Conselho de Contribuintes tem se pronunciado pelo deferimento do pedido de restituição do Finsocial pago a maior;

7) Do exposto, há que se concluir que a Recorrente, sendo empresa mista, mercantil e de serviços, tendo recolhido a contribuição ao Finsocial às alíquotas de 1%, 1,2% e 2%, conforme demonstrou à Secretaria da Receita Federal, realizou pagamentos a maior que o devido. Portanto, tem direito à restituição dos valores recolhidos à alíquota superior a 0,5%;

8) A compensação de créditos e débitos está prevista no artigo 170 do Código Tributário Nacional. A Lei nº 8.383/91, artigo 66 e seus parágrafos, assegura ao contribuinte a compensação de tributos e contribuições da mesma espécie. Pelo artigo 74 da Lei nº 9.430/96, o crédito a ser restituído pode, a requerimento do contribuinte, ser utilizado para a quitação de quaisquer tributos e contribuições;

9) Impõe-se, assim, a nova conclusão: a Recorrente tem direito de utilizar o crédito relativo ao Finsocial pago a maior para, por meio de compensação, quitar suas obrigações tributárias junto à Secretaria da Receita Federal;

10) O prazo para o contribuinte pleitear a restituição dos valores pagos indevidamente ou a maior que o devido, está definido no artigo 168 do Código Tributário Nacional;

11) De há muito, o e.Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando no sentido de que, no caso do Finsocial, o prazo para a restituição é contado a partir da declaração de inconstitucionalidade da legislação que elevou a alíquota da contribuição;

12) Pelo exposto, há que se concluir que a decisão da Secretaria da Receita Federal, fundamentada no Ato Declaratório Normativo SRF nº 96, não encontra amparo na legislação tributária ou na jurisprudência, seja ela administrativa ou judiciária, e que ao

formalizar seu Pedido de Restituição em 01/09/1999, a Recorrente o fez dentro do prazo legal;

13) Uma vez demonstrada, conforme se acredita, a ilegalidade da decisão da Secretaria da Receita Federal, que fere o seu direito de ser restituída dos valores pagos a maior a título de contribuição ao Finsocial referente aos períodos de apuração de setembro/89 a setembro/91 e janeiro a março/92, a Recorrente pede que seja reformada a decisão do sr. Delegado da Receita Federal em Volta Redonda para que também lhe sejam reconhecidos os direitos creditórios relativos aos pagamentos realizados antes de 01/09/1994."

A DRJ-Rio de Janeiro/RJ indeferiu o pedido da contribuinte (fls.414/423), nos termos da decisão transcrita adiante:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário
Período de apuração: 01/09/1989 a 30/09/1991
Ementa: PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TERMO INICIAL
O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo queo pagamento tenha 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, contado da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art 150, § 1º do CTN.

Solicitação Indeferida"

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls.429/437), onde alega, em suma, que o termo inicial para a contagem do prazo para pedir a restituição do FINSOCIAL pago a maior é 31 de agosto de 1995, data da publicação da MP nº 1.110.

Pede, ao final:

- seja afastada a preliminar de decadência do direito à restituição;

- seja reconhecido o direito ao crédito dos valores pagos a maior a título de contribuição ao FINSOCIAL, nos períodos de outubro/1989 a outubro/1991 e janeiro/1994 e agosto/1994;

- seja calculada, pela DRF, a contribuição do período à alíquota de 0,5%, apurando o saldo credor a favor da empresa, e que este, devidamente

atualizado, seja compensado com os débitos, sendo as respectivas compensações homologadas.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razão porque dele conheço.

A teor do relatado, versam os autos sobre pedido de restituição do Finsocial, referente aos períodos de apuração de outubro de 1989 a outubro de 1991 e janeiro de 1994 a agosto de 1994, decorrente de pagamentos efetuados em alíquotas superiores a 0,5%, estabelecidas em sucessivos acréscimos à alíquota originalmente prevista em lei, e cujas normas legais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, de 16/12/92.

O pleito da contribuinte foi indeferido sob o fundamento de que o direito para pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Na apreciação de processos que tratam da matéria, esta Câmara tem, reiteradamente, adotado o entendimento do Eminente Conselheiro José Luiz Novo Rossari, exarado no Voto do Acórdão 301-30.945, a seguir transcrito:

> "(...) A questão objeto de lide diz respeito aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de lei por parte do Supremo Tribunal Federal, no que respeita a pedidos de restituição de tributos indevidamente pagos sob a vigência da lei cuja aplicação foi posteriormente afastada.
>
> Verifica-se que, na esteira da competência privativa do Senado Federal para "Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal" (art. 52, X, da CF), a matéria foi objeto de tratamento específico no art. 77 da Lei nº 9.430/96, que, com objetivos de economia processual e de evitar custos desnecessários decorrentes de lançamentos e de ações e recursos judiciais, relativos a hipóteses cujo entendimento já tenha sido solidificado a favor do contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, dispôs, in verbis:
>
> "Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais."

Com base nessa autorização, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346/97, que estabeleceu os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em relação a decisões judiciais, determinando em seu art. 1º, *verbis*:

"Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º. **O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.**"(destacou-se)

Dessa forma, subsumem-se nas normas disciplinadoras acima transcritas todas as hipóteses que, em tese, poderiam ser objeto de aplicação, referentes a processos fiscais cuja matéria verse sobre a extensão administrativa dos julgados judiciais.

O Decreto nº 2.346/97 em seu art. 1º, caput, estabelece que deverão ser observadas pela Administração Pública Federal as decisões do STF que fixem interpretação do texto constitucional de forma inequívoca e definitiva.

Em consonância com o disposto no art. 1º, § 3º da norma disciplinar retrotranscrita, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, esta veio a ser efetivamente implementada a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95, que em seu art. 17 dispôs, verbis:

"Art. 17. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

III - **à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 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**;(destacou-se)

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas." (griifou-se)

Por meio dessa norma o Poder Executivo manifestou-se no sentido de reconhecer como indevidos os sucessivos acréscimos de alíquotas do Finsocial estabelecidos nas Leis nºs. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, e assegurou a dispensa da constituição de créditos tributários, a inscrição como Dívida Ativa e o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como o cancelamento do lançamento e da inscrição da contribuição em valor superior à alíquota de 0,5% exigida das empresas comerciais e mistas.

Essa autorização teve como objetivo tão-somente a dispensa da exigência relativa a créditos tributários constituídos ou não, o que implica não beneficiar nem ser extensiva a eventuais pedidos de restituição, como se verifica do seu § 2º, que de forma expressa, restringiu tal benefício.

Portanto, a norma estabeleceu, de forma expressa e clara, que a dispensa de exigência do crédito tributário não implicaria a restituição de quantias pagas, uma vez que a dispensa da exigência e a decorrente extinção do crédito tributário, caracterizam a hipótese de remissão (arts. 156, inciso IV e 172, do CTN), matéria distinta, de interpretação restrita e que não se confunde com a legislação pertinente à restituição de tributos.

Assim, a superveniência original da Medida Provisória nº 1.110/95 não teve o condão de beneficiar pedidos de restituição relativos a pagamentos feitos a maior do que o devido a título de Finsocial.

No entanto, o Poder Executivo promoveu uma alteração nesse dispositivo, mediante a edição da Medida Provisória nº 1.621-36, de 10/6/98 (D.O.U. de 12/6/98)[1], que deu nova redação para o § 2º e dispôs, *in verbis*:

"Art. 17.

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição **ex officio** de quantias pagas." (destaquei)

A alteração prevista na norma retrotranscrita demonstrou posicionamento diverso ao originalmente estabelecido e traduziu o inequívoco reconhecimento da Administração Pública no sentido de estender os efeitos da remissão tributária ao direito de os contribuintes pleitearem a restituição das contribuições pagas em valor maior do que o devido.

Esse dispositivo também não comporta dúvidas, sendo claro no sentido de que a dispensa relativa aos créditos tributários apenas não implicará a restituição de ofício, vale dizer, a partir de procedimentos originários da Administração Fazendária para a restituição. Destarte, é óbvio que a norma permite, contrario senso, a restituição a partir de pedidos efetuados por parte dos contribuintes. Assim, a alteração promovida no § 2º do art. 17 da Medida Provisória nº 1.621-35/98, no sentido de permitir a restituição da contribuição ao Finsocial, a pedido, quando já decorridos quase 3 anos da existência original desse dispositivo legal e quase 6 anos após ter sido declarada a inconstitucionalidade dos atos que majoraram a alíquota do Finsocial, possibilita a interpretação e

[1] A referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/7/2002, nos seguintes termos:
"Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:
(...)
III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nºs 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 nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;
(...)
§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga."

conclusão, com suficiência, de que o Poder Executivo recepcionou como válidos para os fins pretendidos, os pedidos que vierem a ser efetuados após o prazo de 5 anos do pagamento da contribuição, previsto no art. 168, inciso I, do CTN e aceito pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99.

Nesse Parecer é abordado o prazo decadencial para pleitear a restituição de tributo pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário. O parecer conclui, em seu item III, que o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do CTN, extinguindo-se, destarte, depois de decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código.

Posto que bem alicerçado em respeitável doutrina e explicitado suas razões e conclusões com extrema felicidade, deve ser destacado que no referido Parecer não foi examinada a Medida Provisória nº 1.621-36, de 10/6/98, nem os seus efeitos, decorrentes de manifestação de vontade do Poder Executivo, com base no permissivo previsto no § 3º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97. Destarte, propõe-se neste voto interpretar a legislação a partir de ato emanado da própria Administração Pública, determinativo do prazo excepcional.

Assim, no caso de que trata o presente processo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para requerer o indébito tributário deve ser contado a partir da data em que o Poder Executivo finalmente, e de forma expressa, manifestou-se no sentido de possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação, ou seja, a partir de 12/6/98, data da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98.
Existem correntes que propugnam no sentido de que esse prazo decadencial deveria ser contado a partir da data de publicação da Medida Provisória original (MP nº 1.110/95), ou seja, de 31/08/95. Entendemos que tal interpretação traduziria contrariedade à lei vigente, visto que a norma constante dessa Medida estabelecia, de forma expressa, o descabimento da restituição de quantias pagas. E diante desse descabimento, não haveria por que fazer a solicitação. Somente a partir da alteração levada a efeito, em 12/06/98, é que a Administração reconheceu a restituição, acenando com a protocolização dos correspondentes processos de restituição.

E apenas para argumentar, se diversa fosse a mens legis, não haveria por que ser feita a alteração na redação da Medida Provisória original, por diversas vezes reeditada, pois a primeira versão, que simples e objetivamente vedava a restituição, era expressa e clara

nesse sentido, sem permitir qualquer interpretação contrária. Já a segunda, ao vedar tão-só o procedimento de ofício, abriu a possibilidade de que os pedidos dos contribuintes pudessem ser formulados e atendidos. Logo, a alteração levada a efeito não possibilita outro entendimento que não seja o de reconhecimento do legislador referente ao direito dos contribuintes à repetição do indébito.

E isso porque a legislação brasileira é clara quanto aos procedimentos de restituição admitidos, no que se refere à iniciativa do pedido, determinando que seja feito pelo contribuinte ou de ofício. Ambas as iniciativas estão previstas expressamente no art. 165 do CTN [2] e em outros tantos dispositivos legais da legislação tributária federal v.g. art. 28, § 1°, do Decreto-lei nº 37/66[3] e o Decreto nº 4.543/2002 – Regulamento Aduaneiro[4].

Cumpre, ainda, ressaltar e trazer à colação, por relevantes, as substanciais lições de Carlos Maximiliano sobre o processo de interpretação das normas, ("Hermenêutica e Aplicação do Direito" - 10ª ed. 1988), os quais aplicam-se perfeitamente à matéria em exame, *verbis*:

"116 – Merecem especial menção alguns preceitos, orientadores da exegese literal:
(...)

f) Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva.

(...)

j) A prescrição obrigatória acha-se contida na fórmula concreta. Se a letra não é contraditada por nenhum elemento exterior, não há motivo para hesitação: deve ser observada. A linguagem tem por objetivo despertar em terceiros pensamento semelhante ao daquele que fala; presume-se que o legislador se esmerou em escolher expressões claras e precisas, com a preocupação meditada e firme de ser bem compreendido e fielmente obedecido. Por isso, em não

---

[2] Art. 165 do CTN:
"O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento..." (destaquei)

[3] Art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66:
"A restituição de tributos independe da iniciativa do contribuinte, podendo processar-se de ofício, como estabelecer o regulamento, sempre que se apurar excesso de pagamento na conformidade deste artigo." (destacou-se)

[4] Art. 111 do Decreto nº 4.543/2002:
"A restituição do imposto pago indevidamente poderá ser feita de ofício, a requerimento, ou mediante utilização do crédito na compensação de débitos do importador..." (destacou-se)

havendo elementos de convicção em sentido diverso, atém-se o intérprete à letra do texto."

À vista da legislação existente, em especial a sua evolução histórica, as Medidas Provisórias em exame devem ser interpretadas dentro da lógica gramatical considerando o objetivo a que se destinavam. A lógica também impera ao se verificar que os citados atos legais, ao determinarem que fossem cancelados os débitos existentes e não constituídos outros, beneficiaram os contribuintes que não pagaram ou que estavam discutindo os débitos existentes, não sendo justo que justamente aqueles que espontaneamente pagaram os seus débitos e cumpriram as obrigações tributárias fossem penalizados.

De outra parte, não haveria fundamento na adoção de prazo de 10 anos no tocante à decadência dos tributos e contribuições sujeitos ao lançamento por homologação de que trata o art. 150, § 4º, do CTN. A propósito, a matéria foi objeto de exame pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 101.407 – SP, relator o Ministro Ari Pargendler, em sessão de 7/4/2000, em que foi mudada a posição desse colegiado sobre o prazo de decadência nesse tipo de lançamento, para ser finalmente adotado o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, verbis:

"TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos."

Outrossim, em decorrência do que estabeleceu o citado Decreto nº 2.346/97, e seguindo os mandamentos ali prescritos, foi alterado o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, pela Portaria nº 103, de 23/4/2002, do Ministro de Estado da Fazenda, que em seu art. 5º acrescentou o art. 22A ao referido Regimento, verbis:

"Art. 22A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação ou execução fiscal."

No caso, vislumbra-se especificamente a situação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 22A, hipótese em que não há a vedação aos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação de lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade."

Diante de tão bem fundamentadas razões, não há como rejeitar a alegação da recorrente no sentido de não ter ocorrido decadência do direito de pleitear a restituição/compensação de valores que teriam sido indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL.

Tendo sido examinada no julgamento de primeira instância. tão-somente a questão relativa à decadência do direito de pleitear a restituição/compensação, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendo descaber a apreciação do restante do mérito por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido à autoridade julgadora de primeira instância, para o referido exame.

Pelo exposto, voto no sentido **DAR PROVIMENTO** ao recurso para aceitar a alegação da recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição, determinando o retorno do processo a DRJ, para apreciar o restante do mérito e os demais aspectos concernentes ao pedido de restituição/compensação.

É como voto.

Sala de Sessões, em 12 de agosto de 2005

IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES - Relatora