



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10860.001982/99-11  
SESSÃO DE : 03 de dezembro de 2003  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895  
RECURSO Nº : 125.539  
RECORRENTE : WACHI COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL


Decai o direito de o contribuinte pleitear a restituição ou a compensação do Finsocial pago indevidamente ou a maior, após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF da cobrança de alíquotas superiores a 0,5%, no prazo de cinco anos a contar da edição da Medida Provisória 1.110, de 30/08/1995, devendo a Primeira Instância decidir quanto ao mérito do pleito.

RECURSO PROVIDO POR MAIORIA AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA E DETERMINANDO-SE O RETORNO DOS AUTOS A DRJ PARA PRONUNCIAMENTO SOBRE AS DEMAIS PARTES DO MÉRITO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência e reformar a decisão singular, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Walber José da Silva. As Conselheiras Elizabeth Emílio de Moraes Chieriegatto e Maria Helena Cotta Cardozo votaram pela conclusão.

Brasília-DF, em 03 de dezembro de 2003

  
PAULO ROBERTO CUCO ANTUNES  
Presidente em Exercício

  
PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR  
Relator

15 ABR 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: LUIS ANTONIO FLORA, SIMONE CRISTINA BISSOTO e LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente). Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL.

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895  
RECORRENTE : WACHI COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP  
RELATOR(A) : PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR

## RELATÓRIO

Trata o presente feito de pedido, de 30/09/99, de restituição/compensação de Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de 0,5%, no período de setembro de 1989 a março de 1992.

A DRF/Taubaté negou o pleito (fls. 24/26), em 07/08/2000, decisão essa, cujo inteiro teor, leio em Sessão, alegando que se extingue o direito de pleitear restituição de contribuição paga indevidamente ou em valor maior que o devido com o decurso de prazo de 5 anos, contados da data de extinção do crédito tributário, nos termos do disposto no AD/SRF 96, de 26/11/99.

O contribuinte impugnou o despacho decisório em 31/08/2000 (fls. 28/46), que leio em Sessão, alegando em síntese e fundamentalmente que, tratando-se de tributo cujo lançamento é feito por homologação, o prazo de cinco anos para decadência do direito de repetir o indébito tributário começa a fluir a partir de sua homologação ou, se inerte o Fisco, após o término do prazo de cinco anos a que se refere o § 4º do art. 150 do CTN. Argumenta, ainda, que o Decreto 92.698, de 21/05/86, prescreve para o pleito de restituição do Finsocial paga indevidamente o prazo de 10 anos, contados da data do recolhimento. Afirmo, ainda, que embasada na inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal, tem direito adquirido para compensar os valores recolhidos a maior.

Assim, requer o reconhecimento do crédito tributário gerado pelos recolhimentos a maior do Finsocial, dentro dos 10 anos e o deferimento de todas as compensações requeridas.

Em decisão da DRJ/CAMPINAS em 14/02/2001, de fls. 52/55, que leio em Sessão e lavrada por servidor com delegação de competência, foi mantido o Despacho Decisório questionado, com, basicamente, as mesmas argumentações dele.

Em Recurso tempestivo, de fls. 57/79, que leio em Sessão, repete a argumentação utilizada na impugnação.

Por informação de fls. 87, o processo é enviado a este Relator, nada mais existindo nos Autos a respeito deste feito.

É o relatório.

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

### VOTO

Conheço do Recurso, por apresentar condições de admissibilidade.

Em função do que diz o art. 61 do PAF, que a nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade, que é o caso presente, seria nula a decisão singular, por não ter sido prolatada pelo Sr. Delegado da Receita Federal de Julgamento.

O Art. 2º da Lei 8.748/93 criou dezoito Delegacias da Receita Federal especializadas em julgamento, de primeira instância, de processos relativos a tributos e contribuições federais administrados pela SRF, **sendo de competência dos respectivos Delegados o julgamento daqueles processos**, o que foi regulamentado pelo art. 2º da Portaria SRF 4.980, de 04/10/94, que reza:

“Às Delegacias da Receita Federal de Julgamento compete julgar processos administrativos nos quais tenha sido instaurado, tempestivamente, o contraditório, inclusive os referentes à manifestação de inconformidade do contribuinte quanto à decisão dos Delegados da Receita Federal relativo ao indeferimento de solicitação de retificação de declaração do imposto de renda, restituição, compensação, ressarcimento, imunidade, suspensão, isenção e redução de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal”.

É imprescindível que a decisão prolatada seja exarada com total observância dos preceitos legais e, sobretudo, emitida por servidor legalmente competente para proferí-la.

Até a edição da MP 2.158-35, de 24/08/2001, que reestruturou as DRJs, transformando-as em Órgãos Colegiados, o julgamento, em primeira instância, de processos relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF, era da competência dos Delegados da Receita Federal de Julgamento, conforme previa o art. 5º da Portaria MF 384/94, que regulamentou a Lei 8.748/93, *verbis* :

“São atribuições dos Delegados da Receita Federal de Julgamento:

I- julgar, em primeira instância, processos relativos a tributos e contribuições administrados pela SRF, e recorrer *ex officio* aos Conselhos de Contribuintes, nos casos previstos em lei;

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 125.539  
ACÓRDÃO N° : 302-35.895

II- baixar atos internos relacionados com a execução de serviços, observadas as instruções das unidades centrais e regionais sobre a matéria tratada”

Nesse dispositivo, entre as competências dadas aos Delegados das DRJs, não se encontra a delegação delas a terceiros.

É de se notar, ainda, que a delegação deve observar a Lei 9.784, de 29/01/99, que, em seu art. 13, inciso II, afirma não poderem ser objeto de delegação a decisão de recursos administrativos.

Não há nenhuma disposição autorizando a delegação de tal competência a outros servidores, a não ser em situações que o Delegado esteja, por algum motivo, afastado, ocasião em que estaria sendo substituído interinamente, porém quem estivesse no lugar, mesmo sendo Delegado Substituto, estaria no efetivo exercício do cargo, agindo legalmente como Delegado, e, não, recebendo uma delegação.

Essa situação configura um dos dois casos de nulidade absoluta, prevista no art. 59 do PAF, atos e termos lavrados por pessoa incompetente. Esta posição vem sendo adotada pela unanimidade desta C. Câmara.

Porém, nos termos da Lei 8.748/93, que acrescentou um § 3º ao art. 59 do PAF, deixo de argüir a nulidade da decisão da DRJ, face à delegação de competência, pois entendo não ter ocorrido a decadência do direito de pleitear a restituição/compensação do Finsocial recolhido a maior, como julgou a DRJ, devendo o feito a ela retornar para que julgue o mérito da questão como pretende a ora Recorrente evitando-se que a nova decisão a ser prolatada por Autoridade competente, eventualmente, considere o pleito apresentado como decadente, buscando-se, assim, uma economia processual, que interessa tanto ao contribuinte quanto à Administração tributária.

Abordo a decadência do pleito, adotando o voto da douta Conselheira Simone Cristina Bissoto.

Cinge-se o presente recurso ao pedido do contribuinte de que seja acolhido o seu pedido originário de restituição/compensação de crédito que alega deter junto a Fazenda Pública, em razão de ter efetuado recolhimentos a título de contribuição para o FINSOCIAL, em alíquotas superiores a 0,5%, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame do Recurso Extraordinário 150.764/PE, julgado em 16/12/92 e publicado no DJ de 02/04/93.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

O desfecho da questão colocada nestes autos passa pelo enfrentamento da controvérsia acerca do prazo para o exercício do direito à restituição de indébito. Passamos ao largo da discussão doutrinária de tratar-se o prazo de restituição de decadência ou prescrição, vez que o resultado de tal discussão não altera o referido prazo, que é sempre de 5 anos, distinguindo-se apenas o início de sua contagem, que depende da forma pela qual se exterioriza o indébito.

Das regras do CTN – Código Tributário Nacional, exteriorizadas nos artigos 165 e 168, vê-se que o legislador não cuidou da tipificação de todas as hipóteses passíveis de ensejar o direito à restituição, especialmente a hipótese de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

*“Art. 168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*

*I - nas hipóteses dos incisos I e II do art.165, da data da extinção do crédito tributário;*

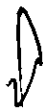
*II - na hipótese do inciso III do art.165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”*

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, em caráter exemplificativo e didático, pelos incisos do referido art. 165 do CTN, nos seguintes termos:

*“Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:*

*I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

*II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*



RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

*III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória."*

Somente a partir da Constituição de 1988, à vista das inúmeras declarações de inconstitucionalidade de tributos pela Suprema Corte, é que a doutrina pátria debruçou-se sobre a questão do prazo para repetir o indébito nessa hipótese específica.

Foi na esteira da doutrina de incontestáveis tributaristas como Alberto Xavier, J. Artur Lima Gonçalves, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se, no sentido de que o início do prazo para o exercício do direito à restituição do indébito deve ser contado da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Nesse passo, vale destacar alguns excertos da doutrina dos Mestres acima citados:

*"Devemos, no entanto, deixar consignada nossa opinião favorável à contagem de prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade, a partir da data dessa declaração. A declaração de inconstitucionalidade é, na verdade, um fato inovador na ordem jurídica, suprimindo desta, por invalidade, uma norma que até então nela vigorava com força de lei. Precisamente porque gozava de presunção de validade constitucional e tinha, portanto, força de lei, os pagamentos efetuados à sombra de sua vigência foram pagamentos "devidos". O caráter "indevido" dos pagamentos efetuados só foi revelado a posteriori, com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de então puderam os cidadãos ter reconhecimento do fato novo que revelou seu direito à restituição. A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado-de-Direito, como consequência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988. Não poderia este prazo ter sido considerado à época da publicação do Código Tributário Nacional, quando tal ação, com eficácia 'erga omnes', não existia. A legitimidade do novo prazo não pode ser posta em causa, pois a sua fonte não é a interpretação extensiva ou analógica de norma infra constitucional, mas a própria Constituição, posto tratar de consequência lógica e da própria figura da ação direta de inconstitucionalidade."¹ (g.n.)*

¹ Alberto Xavier, in "Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário", Ed. Forense, 2ª. Edição, 1997, p. 96/97.

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

*“Verifica-se que o prazo de cinco anos, previsto pelo transcrito artigo 168 do CTN, disciplina apenas as hipóteses de pagamento indevido referidas pelo artigo 165 do próprio Código.*

*Aos casos de restituição de indébito resultante de exação inconstitucional, portanto, não se aplicam as disposições do CTN, razão porque a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais recente têm-se inclinado no sentido de reconhecer o prazo de decadência – para essas hipóteses – como sendo de cinco anos, contados da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, da lei que ensejou o pagamento indevido objeto da restituição.”<sup>2</sup>*

*“E, não sendo aplicáveis, nestes casos, as disposições do artigo 165 do CTN, aplicar-se-ia o disposto no artigo 1º. do Decreto nº 20.910/32... As disposições do artigo 1º. do Decreto nº 20.910/32 seriam, assim, aplicáveis aos casos de pedido de restituição ou compensação com base em tributo inconstitucional (repita-se, hipótese não alcançada pelo art. 165 do CTN), caso em que o ato ou fato do qual se originaram as dívidas passivas da Fazenda Pública (objeto da norma de decadência) estaria relacionado ao julgamento do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade da exação.”<sup>3</sup>*

Num esforço conciliatório, porém, o Professor e ex-Conselheiro da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, José Antonio Minatel, manifestou-se no sentido da aplicabilidade, *in casu*, do artigo 168, inciso II do CTN, dele abstraindo o único critério lógico que permitiria harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar – o CTN:

*“O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir “da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido à decisão condenatória (art. 168, inciso II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal*

<sup>2</sup> José Artur Lima Gonçalves e Marcio Severo Marques

<sup>3</sup> Hugo de Brito Macho, in *Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário*, obra coletiva, p. 220/222.

RECURSO N° : 125.539  
ACÓRDÃO N° : 302-35.895

*para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência exação tributária anteriormente exigida.*<sup>4</sup>

Não obstante a falta de unanimidade doutrinária no que se refere a aplicação, ou não, do CTN aos casos de restituição de indébito fundada em declaração de inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal, é fato inconteste que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (Resp n° 69.233/RN; Resp n° 68.292-4/SC; Resp 75.006/PR, entre tantos outros).

A jurisprudência do STJ, apesar de sedimentada, não deixa claro, entretanto, se esta declaração diz respeito ao controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o que induz à necessidade de uma meditação mais detida a respeito desta questão.

Vale a pena analisar, nesse mister, um pequeno excerto do voto do Ministro César Asfor Rocha, Relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial no. 43.995-5/RS, por pertinente e por tratar de julgado que pacificava a jurisprudência da 1ª. Seção do STJ, que justamente decide sobre matéria tributária:

*"A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da exação, segue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser exercitado no prazo de cinco anos, a contar da decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade, ao que saiba, não foi ainda expressamente apreciada pela Corte Maior.*

*Todavia, creio que se ajusta ao julgado no RE 136.883/RJ, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado (RTJ 137/936):*

*'Empréstimo Compulsório (Decreto-lei no. 2.288/86, art. 10): incidência ..'.  
(...)*

*A propósito, aduziu conclusivamente no seu douto voto (RTJ 137/938):*

*'Declarada, assim, pelo plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que se fundava a exigência de natureza*

---

<sup>4</sup> José Antonio Minatel, Conselheiro da 8a. Câmara do 1º. C.C., em voto proferido no acórdão 108-05.791, em 13/07/99.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

*tributária, porque feita a título de cobrança de empréstimo compulsório, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido.”*  
(g.n.)

Ora, no DOU de 08 de abril de 1997, foi publicado o Decreto nº 2.194, de 07/04/1997, autorizando o Secretário da Receita Federal “*a determinar que não sejam constituídos créditos tributários baseados em lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação processada e julgada originariamente ou mediante recurso extraordinário*” (art. 1º). E, na hipótese de créditos tributários já constituídos antes da previsão acima, “*deverá a autoridade lançadora rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso*” (art. 2º).

Em 10 de outubro de 1997, tal Decreto foi substituído pelo Decreto nº 2.346, pelo qual se deu a consolidação das normas de procedimento a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, que estabeleceu, em seu artigo primeiro, regra geral que adotou o saudável preceito de que “*as decisões do STF que fixem, de maneira inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta*”.

Para tanto, referido Decreto – ainda em vigor - previu duas espécies de procedimento a serem observados. A primeira, nos casos de decisões do STF com eficácia “*erga omnes*”. A segunda – que é a que nos interessa nesse momento – nos casos de decisões sem eficácia *erga omnes*, assim consideradas aquelas em que “*a decisão do Supremo Tribunal Federal não for proferida em ação direta e nem houver a suspensão de execução pelo Senado Federal em relação à norma declarada inconstitucional.*”

Nesse caso, três são as possibilidades ordinárias de observância deste pronunciamento pelos órgãos da administração federal, a saber: (i) se 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 (art. 1º, § 3º); (ii) expedição de súmula pela Advocacia Geral da União (art. 2º); e (iii) determinação do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente a créditos tributários e no âmbito de suas competências, para adoção de algumas medidas consignadas no art. 4º.

Ora, no caso em exame, não obstante a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal não tenha sido unânime, é fato incontroverso – ao menos neste momento em que se analisa o presente recurso, e passados mais de 10 anos

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

daquela decisão – que aquela declaração de inconstitucionalidade, apesar de ter sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, foi proferida **de forma inequívoca e com ânimo definitivo**. Ou, para atender o disposto no Decreto nº 2.346/97, acima citado e parcialmente transcrito, não há como negar que aquela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 150.764/PE, julgado em 16/12/92 e publicado no DJ de 02/04/93, **fixou, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional**, no que se refere especificamente à inconstitucionalidade dos aumentos da alíquota da contribuição ao FINSOCIAL acima de 0,5% para as empresas comerciais e mistas.

Assim, as empresas comerciais e mistas que efetuaram os recolhimentos da questionada contribuição ao FINSOCIAL, sem qualquer questionamento perante o Poder Judiciário, têm o direito de pleitear a devolução dos valores que recolheram, de boa fé, cuja exigibilidade foi posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na solução de relação jurídica conflituosa ditada pela Suprema Corte - nos dizeres do Prof. José Antonio Minatel, acima transcrita – ainda que no controle difuso da constitucionalidade, momento a partir do qual pode o contribuinte exercer o direito de reaver os valores que recolheu.

Isso porque determinou o Poder Executivo que *“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”*<sup>5</sup> (g.n.)

Para dar efetividade a esse tratamento igualitário, determinou também o Poder Executivo que, *“na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”*<sup>6</sup>

Nesse passo, a despeito da incompetência do Conselho de Contribuintes, enquanto tribunal administrativo, quanto a declarar, em caráter originário, a inconstitucionalidade de qualquer lei, não há porque afastar-lhe a relevante missão de antecipar a orientação já traçada pelo Supremo Tribunal Federal, em idêntica matéria.

Afinal, a partir do momento em que o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória nº 2.176-79, de 23/08/2002 e, mais recentemente, transformada na

<sup>5</sup> Art. 1º, caput, do Decreto n. 2.346/97

<sup>6</sup> Parágrafo único do art. 4º, do Decreto n. 2.346/97

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

Lei nº 10.522/2002 (art. 18), pela qual determinou a dispensa da constituição de créditos tributários, o ajuizamento da execução e o cancelamento do lançamento e da inscrição da parcela correspondente à contribuição para o FINSOCIAL das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a 0,5%, bem como a Secretaria da Receita Federal fez publicar no DOU, por exemplo, Ato Normativo nesse mesmo sentido (v.g. Parecer COSIT 58/98, entre outros, mesmo que posteriormente revogado), parece claro que a Administração Pública reconheceu que o tributo ou contribuição foi exigido com base em lei inconstitucional, nascendo, nesse momento, para o contribuinte, o direito de, **administrativamente**, pleitear a restituição do que pagou à luz de lei tida por inconstitucional.<sup>7</sup>

E dizemos administrativamente porque assim permitem as Leis 8.383/91, 9.430/96 e suas sucessoras, bem como as Instruções Normativas que trataram do tema “compensação/restituição de tributos” (IN SRF 21/97, 73/97, 210/02 e 310/03).

Também é nesse sentido a manifestação do jurista e tributarista Ives Gandra da Silva Martins:

*“Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge do âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º. da CF.”<sup>8</sup>*

Nessa linha de raciocínio, entende-se que o indébito, no caso do FINSOCIAL, restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, contando-se o prazo de prescrição/decadência a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida – a Medida Provisória 1.110/95, no caso - entendimento esse que contraria o recomendado pela Administração Tributária, no Ato Declaratório SRF nº 96/99, baixado em consonância com o Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 18/10/99, cujos atos administrativos, contrariamente ao que ocorre em relação às repartições que lhe são afetas, não vinculam as decisões dos Conselhos de Contribuintes.

Para a formação do seu livre convencimento, o julgador deve se pautar na mais fiel observância dos princípios da legalidade e da verdade material, podendo, ainda, recorrer à jurisprudência administrativa e judicial existente sobre a matéria, bem como à doutrina de procedência reconhecida no meio jurídico-tributário.

<sup>7</sup> Nota MF/COSIT n. 312, de 16/7/99

<sup>8</sup> Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 125.539  
ACÓRDÃO N° : 302-35.895

No que diz respeito a Contribuição para o FINSOCIAL, em que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal acerca da majoração de alíquotas, deu-se em julgamento de Recurso Extraordinário - o que, em princípio, limitaria os seus efeitos apenas às partes do processo - deve-se tomar como marco inicial para a contagem do prazo decadencial a data da edição da Medida Provisória n° 1.110, de 30/08/95, sucessivamente reeditada até a Medida Provisória n° 2.176-79, de 23/08/2002 e, mais recentemente, transformada na Lei no. 10.522/2002 (art. 18).

Através daquela norma legal (Medida Provisória 1.110/95), a Administração Pública determinou a dispensa da constituição de créditos tributários, o ajuizamento da execução e o cancelamento do lançamento e da inscrição da parcela correspondente à contribuição para o FINSOCIAL das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, na alíquota superior a 0,5%.

Soaria no mínimo estranho que a lei ou ato normativo que autoriza a Administração Tributária a deixar de constituir crédito tributário, dispensar a inscrição em Dívida Ativa, dispensar a Execução Fiscal e cancelar os débitos cuja cobrança tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, acabe por privilegiar os maus pagadores – aqueles que nem recolheram o tributo e nem o questionaram perante o Poder Judiciário - em detrimento daqueles que, no estrito cumprimento de seu dever legal, recolheram, de boa-fé, tributo posteriormente declarado inconstitucional pelo STF e, portanto, recolheram valores de fato e de direito não devidos ao Erário.

Ora, se há determinação legal para “afastar a aplicação de lei declarada inconstitucional” aos casos em que o contribuinte, por alguma razão, não efetuou o recolhimento do tributo posteriormente declarado inconstitucional, deixando, desta forma, de constituir o crédito tributário, dispensar a inscrição em Dívida Ativa, dispensar a Execução Fiscal, bem como cancelar os débitos cuja cobrança tenha sido declarada inconstitucional pelo STF, muito maior razão há, por uma questão de isonomia, justiça e equidade, no reconhecimento do direito do contribuinte de reaver, na esfera administrativa, os valores que de boa-fé recolheu à título da exação posteriormente declarada inconstitucional, poupando o Poder Judiciário de provocações repetidas sobre matéria já definida pela Corte Suprema.

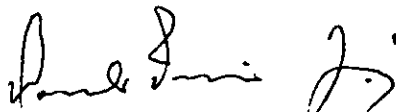
Assim, tendo sido reconhecido ser indevido – por inconstitucional - o pagamento da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas majoradas, respectivamente, para 1%, 1,20% e 2%, com base nas Leis n°s 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, é cabível e procedente o pedido de restituição/compensação apresentado pela Recorrente, que foi protocolizado antes de 30/08/2000 e, conseqüentemente, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória n° 1.110/95, publicada em 31/08/1995.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.539  
ACÓRDÃO Nº : 302-35.895

Pelo exposto e tudo o mais que dos autos consta, tendo sido afastada a ocorrência da decadência do pleito, deve a Primeira Instância prolatar decisão a respeito da questão de mérito suscitada.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2003



PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR - Relator

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

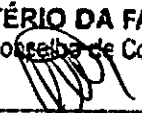
Recurso n.º : 125.539  
Processo n.º : 10860.001982/99-11

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

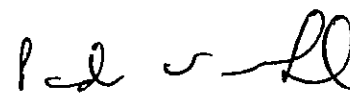
Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à 2ª Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão n.º 302-35.895.

Brasília- DF, 07/04/2004

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
MF - 3º Conselho de Contribuintes

  
\_\_\_\_\_  
**Otacilio Davtos Cartaxo**  
Presidente do 3º Conselho

Ciente em: 15/04/2004, sem re-  
curso à CSRF

  
**Pedro Valter Leal**  
Procurador da Fazenda Nacional  
OAB/CE 568ª