



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicação no Diário Oficial da União
de 24 / 08 / 2001
Rubrica

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

Sessão : 19 de abril de 2001
Recurso : 114.858
Recorrente : ZANDER & CIA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO – O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, no caso de pagamento espontâneo de tributo indevido, ou maior do que o devido, em face da legislação tributária aplicável, nos termos do art. 165, I, do CTN (Lei nº 5.172/66). EMPRESAS VENDEDORAS DE MERCADORIAS E MISTAS – A Medida Provisória nº 1.110, de 30.08.95, art. 17, determinou que 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 à contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 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. Com isso, reconheceu que era indevida a cobrança do FINSOCIAL, em alíquota superior a 0,5%, nascendo aí o direito do contribuinte de pedir restituição. O fato de o § 2º do art. 17 estabelecer que o disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas deve ser interpretado como uma proibição para a restituição *ex-officio* e, como tal, não significava impedimento para que o contribuinte pleiteasse a restituição. Tal dúvida foi definitivamente eliminada quando da reedição da MP original pela MP nº 1621-36, de 10 de junho de 1998, que explicitou a questão dando ao citado parágrafo a seguinte redação: “O disposto neste artigo não implicará restituição *ex-officio* de quantias pagas. Portanto, é 31.08.95, data da publicação original da MP, e não 10.06.98, data da reedição da MP, que explicitou o § 2º do seu art. 18 (art. 17 da MP original), o termo inicial da contagem do prazo decadencial de cinco anos para que o contribuinte pleiteie a restituição de FINSOCIAL recolhido em alíquotas superiores a 0,5%. PARECER COSIT Nº 58/98 – Os pedidos de restituição de FINSOCIAL recolhido em alíquotas superiores a 0,5%, protocolizados até a data da publicação do Ato Declaratório SRF nº 096/99 – 30.11.99 –, quando estava em pleno vigor o entendimento do Parecer COSIT nº 58/98, segundo o qual o prazo decadencial de 05 (cinco) anos conta-se a partir da data do ato que concedeu ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição, assim entendido o da MP



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

nº 1.110/95, publicada em 31.08.95, devem ser decididos conforme entendimento do citado Parecer. **Recurso a que se dá provimento.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: ZANDER & CIA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.**

Sala das Sessões, em 19 de abril de 2001

Jorge Frêire
Presidente

Serafim Fernandes Corrêa
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Luiza Helena Galante de Moraes, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira, Antonio Mário de Abreu Pinto, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25

Acórdão : 201-74.582

Recurso : 114.858

Recorrente : ZANDER & CIA.

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada requereu restituição de FINSOCIAL, sob o motivo de "Imposto cobrado a mais indevidamente" no período de setembro de 1989 a março de 1992.

A DRF em Ponta Grossa - PR indeferiu o pedido. A razão do indeferimento foi de que: a) o comando legal que possibilitou ao requerente pleitear a restituição dos valores pagos a título de FINSOCIAL, na parcela excedente a 0,5%, vigora desde 31/08/95, data da publicação da MP nº 1110/95; b) a partir de tal data, o requerente poderia pleitear e obter administrativamente a devolução dos valores comprovadamente pagos a maior, desde que ainda não alcançados pelo prazo decadencial de cinco anos previsto nos artigos 165 e 168 do CTN; c) de acordo com o Ato Declaratório SRF nº 96/99, o prazo para a restituição ou compensação de tributos ou contribuições declarados inconstitucionais pelo STF extingue-se após cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário; d) no presente caso, a requerente apenas protocolizou o seu pedido em 27/05/99, portanto, após esgotado o prazo decadencial de cinco anos, uma vez que, tendo sido o último pagamento efetuado em 20/04/92, o prazo decadencial para pleitear a restituição teve como termo final o dia 20/04/97.

A contribuinte recorreu à DRJ em Curitiba - PR, defendendo, basicamente, a tese de que, sendo o FINSOCIAL caracterizado por lançamento por homologação ou autolancamento, os artigos 165 e 168 do CTN devem ser interpretados em conjunto com o artigo 150, § 4º. Citou e transcreveu jurisprudência do STJ nesse sentido.

A DRJ em Curitiba - PR manteve o indeferimento, fundamentando sua decisão na interpretação dada aos artigos 150, § 1º, 165 e 168 do CTN. Acresceu que as decisões administrativas devem respeitar o disposto no Ato Declaratório nº 096, de 26.11.99, sob pena de responsabilidade funcional. Por último, afirmou que a jurisprudência citada não favorece a recorrente, por não ter sido a mesma parte nas referidas ações.

A contribuinte recorreu a este Conselho, reiterando as alegações anteriores.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR SERAFIM FERNANDES CORRÊA

O recurso é tempestivo e dele tomo conhecimento.

Trata o presente processo de pedido de restituição de FINSOCIAL dos valores pagos à alíquotas superiores a 0,5%. No entendimento, tanto da Decisão nº 575/99 da DRF em Ponta Grossa - PR (fls. 31/32) quanto da Decisão nº 510 da DRJ em Curitiba - PR, não assiste razão à recorrente.

A Decisão da DRF em Ponta Grossa - PR afirma que o comando legal que possibilitou a requerente pleitear a restituição foi a MP nº 1110, em vigor desde 31/08/95. A partir dessa data, poderia ela pleitear a restituição, mas antes de 20/04/97, data em que decorreram cinco anos contados a partir do último pagamento.

A Decisão da DRJ em Curitiba - PR também considera que o prazo para pleitear a restituição deve ser contado com base na data do pagamento, seguindo a orientação do Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99, que resultou no Ato Declaratório SRF nº 96/99.

As duas decisões, portanto, têm o mesmo entendimento, qual seja, o de que, nos pedidos de restituição de contribuição julgada inconstitucional, deve ser observado o prazo para pleitear com base na **data do pagamento**, a partir da qual devem ser contados os cinco anos previstos no artigo 168 do CTN (Lei nº 5.172/66).

A recorrente diverge, combina a interpretação com o § 4º do art. 150 do CTN e cita jurisprudência do STJ para concluir que os cinco anos devem ser contados a partir da extinção do crédito tributário, que, no lançamento por homologação, somente ocorre cinco anos após o pagamento, se no período não tiver ocorrido a homologação expressa, ou seja, nos casos em que a homologação é tácita, pelo decurso do prazo de cinco anos, somente aí inicia-se a contagem do prazo de outros cinco anos para o contribuinte pleitear. A Jurisprudência do STJ é nesse sentido.

O litígio até agora restringe-se a duas interpretações: de um lado, a Fazenda seguindo a orientação do Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99 e sustentando que o prazo para o contribuinte pleitear restituição é de cinco anos contados da data do pagamento. De outro, a contribuinte defendendo que o prazo é de cinco anos, mas contados da data em que tenha ocorrido a extinção, nos termos do § 4º do art. 150 do CTN, que, no caso de homologação tácita, somente acontece cinco anos após o pagamento.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

Em resumo, a Fazenda defende cinco anos da data do pagamento e o contribuinte dez anos.

Se a discussão fosse apenas essa, ficaria, de pronto, com a tese da contribuinte, que tem a seu lado toda a jurisprudência predominante nos tribunais superiores.

E não apenas por isso.

Imagine-se a situação em que dois contribuintes, ambos sujeitos à uma determinada contribuição, tendo um pago a contribuição relativa a um determinado mês na data do vencimento e o outro atrasado o pagamento em cinquenta e nove meses. Considerada tal contribuição inconstitucional após sessenta e um meses da data do vencimento, teríamos uma situação singular: o contribuinte que pagou em dia não poderia mais pleitear a restituição porque passados mais de cinco anos da data do pagamento, mas o outro, que atrasou o pagamento em cinquenta e nove meses, teria direito de pedir restituição por mais cinquenta e oito meses.

E no caso de uma contribuição ser declarada inconstitucional após decorridos cinco anos da data do pagamento?

Estaria eliminado o direito do contribuinte pleitear restituição?

Pelo parecer, sim.

A prevalecer o entendimento esposado no parecer, teríamos a mais absoluta falta de compromisso com a moral, a lógica, a razão e o bom senso, princípios que devem nortear a relação Fisco/contribuinte.

É oportuno lembrar que a Constituição Federal, em seu art. 37, diz:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...)” . (grifei)

E, também, lembrar o que dispôs a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 1º e 2º:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifei)

Será de boa moral, será razoável, será, enfim, seguro juridicamente buscar interpretações que privilegiam o contribuinte que não paga em tempo as suas obrigações tributárias em detrimento do outro que paga corretamente?

E mais: que moral é essa que através de interpretações do tipo nega a quem recolheu indevidamente uma contribuição, porque posteriormente considerada inconstitucional, recebê-la de volta?

Acresça-se a isso o fato de que tal tese contraria o artigo 150, II, da Constituição Federal, a seguir:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I -

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;”



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

Registre-se, ainda, que o citado Parecer, **em uma de suas conclusões**, afirma:

“IV - a PGFN deve manter o entendimento propugnado no PARECER PGFN/CAT N° 678/99, sendo recomendável que se procure, nos termos da legislação processual civil, viabilizar recurso extraordinário junto ao STF, nas ações em que a matéria seja discutida, a fim de se tentar alterar a jurisprudência ora predominante, notadamente no STJ e no TRF da 1ª Região.”

“V – como os argumentos doutrinários que norteiam essa jurisprudência são também contundentes e respeitáveis, seria de bom alvitre que o Governo examinasse a possibilidade de se regulamentar a questão do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de lei, até mesmo em sede constitucional, se estudos mais aprofundados apontarem para tal solução.”

Ou seja, reconhece expressamente que a **jurisprudência** predominante é contrária ao seu entendimento e propõe tentar alterar a mesma em recursos extraordinários futuros. Reconhece ainda que os argumentos doutrinários que alicerçam a jurisprudência são contundentes e respeitáveis e recomenda a regulamentação do efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei, até mesmo em sede constitucional. Propõe, portanto, uma lei nova e até mesmo a mudança da Constituição Federal, a fim de que prevaleça o seu entendimento. O parecer está na contramão dos elementares princípios do Direito.

A questão, a meu ver, conforme exposto a seguir, é bem mais ampla do que o simples maniqueísmo “são cinco anos” ou “são dez anos” e comporta uma pesquisa mais profunda de toda a história relativa às alíquotas majoradas de **FINSOCIAL**.

No meu entender, o que deve ser considerado como termo inicial para a contagem do prazo de cinco anos não é a data do pagamento, mas, sim, **a data a partir da qual o contribuinte poderia pleitear a restituição**. Se a partir de tal data deixou transcorrer cinco anos sem agir, ocorrerá, então, a perda do seu direito. Se, no entanto, agiu dentro do prazo, a ele deve ser assegurada a restituição.

Definir essa data é, a meu sentir, solucionar o presente litígio.

De início, cabe transcrever os arts. 165, I, e 168, I, do CTN (Lei nº 5.172/66), a seguir:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

“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; (...).

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; (...).” (grifei)

Do transcrito resulta evidente que a restituição só pode ocorrer se o pagamento for de tributo indevido ou maior do que o devido, em face da legislação tributária aplicável.

Resta, então, definir a partir de quando os aumentos do FINSOCIAL passaram a ser indevidos, em face da legislação tributária aplicável, porque só aí o contribuinte poderia tomar a iniciativa de pleitear a restituição.

Para isso, necessário se torna fazer um breve retrospecto sobre o assunto.

O FINSOCIAL foi criado pelo Decreto-Lei nº 1940/82 em 25 de maio de 1982, com a alíquota de 0,5%.

Posteriormente, a alíquota foi elevada pelas 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, para 1%, 1,2% e 2%, respectivamente.

Vários contribuintes procuraram o Judiciário, alegando serem tais majorações inconstitucionais.

Em 02.04.93, o STF manifestou-se, pela primeira vez, sobre o assunto, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 150.764/PE, e considerou inconstitucionais tais mudanças.

Poder-se-ia dizer que, a partir dessa data – 02.04.93 –, havendo a manifestação do STF considerando inconstitucionais os dispositivos que aumentaram as alíquotas do FINSOCIAL, os contribuintes poderiam pleitear a restituição da contribuição e essa seria a data a se considerar como termo inicial?



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

Não.

Exatamente porque, por força do Decreto nº 73.529, de 21.01.1974, em vigor até 10.10.97, quando foi expressamente revogado pelo art. 12 do Decreto nº 2.346, era vedada a extensão administrativa dos efeitos das decisões judiciais que valerão apenas em favor das partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados. Por oportuno, transcreve-se a íntegra do citado Decreto, a seguir:

“DECRETO Nº 73.529, DE 21 DE JANEIRO DE 1974.

Dispõe sobre a alteração da orientação administrativa em virtude de decisões judiciais e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 81, item III, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º É vedada a extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais contrárias à orientação estabelecida para a administração direta e autárquica em atos de caráter normativo ou ordinatório.

Art. 2º Observados os requisitos legais e regulamentares, as decisões judiciais a que se refere o artigo 1º produzirão seus efeitos apenas em relação às partes que integraram o processo judicial e com estrita observância do conteúdo dos julgados.

Art. 3º A orientação administrativa firmada ou autorizada pelo Presidente da República somente será suscetível de revisão mediante proposta de Ministro de Estado ou de dirigente de órgãos integrantes da Presidência da República.

Parágrafo único. No caso de entidades da administração indireta, a proposta será do Ministro de Estado a que estiverem vinculadas.

Art. 4º Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 21 de janeiro de 1974; 153º da Independência e 86º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid”

Não pode, portanto, valer para a recorrente a data da primeira decisão em que o STF considerou a elevação das alíquotas inconstitucionais. Essa data vale para quem foi parte no processo judicial.

Por oportuno, e até para que se tenha idéia da orientação que veio com o novo Decreto, o de nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, transcreve-se, a seguir, o seu artigo 1º:

“Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos 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.”

Da leitura da transcrição acima verifica-se que o **Decreto** estabeleceu que deverão ser observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta as decisões do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo:

- a) a partir do trânsito em julgado, quando tratar-se de **ação** direta; e
- b) incidentalmente, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Fora essas duas situações, só o Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou o Advogado-Geral da União, pode autorizar a extensão dos efeitos de decisão proferida em caso concreto.

No caso do FINSOCIAL, não houve **ADIN**, a declaração de inconstitucionalidade foi incidental e não houve a suspensão da execução das leis que o majoraram por parte do Senado Federal. Por outro lado, não houve extensão dos seus efeitos por parte do Sr. Presidente da República.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

O termo inicial da contagem do prazo, pelas razões expostas, não pode ser o da primeira decisão do STF, que, incidentalmente, julgou inconstitucionais as majorações da alíquota original do FINSOCIAL.

Em 31.08.95, foi publicada a Medida Provisória nº 1.110/95, que trouxe, em seu art. 17, III, o seguinte:

“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:

I –

II –

III - à Contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no artigo 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; (...)”.

Estará aí caracterizado, em face da legislação tributária aplicável, o pagamento maior do que o devido, nos termos do art. 165 do CTN (Lei nº 5.172/66) e teria, então, surgido o direito do contribuinte de pleitear a restituição?

Entendo que sim.

Necessário, porém, a fim de eliminar qualquer dúvida, examinar a ressalva feita no § 2º do citado artigo a seguir transcrito:

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas.

Esse parágrafo ensejou duas interpretações.

A primeira, de que ele não impedia o contribuinte de requerer a restituição, à luz do que dispõe o CTN (Lei nº 5.172/66) em seu art. 165, I, pois, estando declarado pelo art. 17, III, da Medida Provisória nº 1.110/95, terem sido os pagamentos maiores do que o devido, nasceu o direito à restituição. Os que assim entendiam, interpretavam que a vedação dizia respeito à restituição por iniciativa da Fazenda, ou seja, *ex officio*.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

A segunda, de que a referida MP, em seu artigo 17, III, tratou daqueles contribuintes que se recusaram a pagar as alíquotas majoradas do FINSOCIAL, em relação aos quais determinou a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional, da inscrição como Dívida Ativa da União, do ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como cancelou os lançamentos e as inscrições. E no § 2º tratou dos contribuintes que pagaram as alíquotas majoradas. Em relação a estes, ao afirmar que “o disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas”, estabeleceu proibição que impedia o contribuinte de pleitear restituição. Segundo o meu entendimento, em resumo, a MP teria dito: “quem não pagou, está liberado; quem pagou, não vai receber de volta.”

Em verdade, algumas Delegacias, com fundamento nesse dispositivo, indeferiram inúmeros pedidos de restituição que, no entanto, quando julgados por esta Câmara, mereceram a devida reforma.

Filiei-me à primeira interpretação.

Na seqüência, quando da reedição da MP original pela Medida Provisória nº 1621-36, de 10 de junho de 1998, a redação foi explicitada, ficando assim:

“§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição *ex-officio* de quantias pagas.”

Com isso, qualquer dúvida que pudesse existir foi eliminada.

Por todo o exposto, em síntese, conclui-se que:

- a) a data da primeira decisão do STF que considerou inconstitucionais os aumentos do FINSOCIAL não pode ser o termo inicial, em virtude do que estabelecem os Decretos nºs 73.529, de 21.01.1974, em vigor até 10.10.97, e 2.346, de 10.10.97; e
- b) com a edição da MP nº 1110/95 que determinou a dispensa da constituição de créditos da Fazenda Nacional, da inscrição como Dívida Ativa da União, do ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como cancelou os lançamentos e as inscrições referentes às majorações da alíquota do FINSOCIAL, o contribuinte recebeu o reconhecimento de que os pagamentos que realizou a maior eram indevidos e, sendo assim, a data de sua publicação – 31.08.95 – é o termo inicial para fins de contagem do prazo decadencial de cinco anos do direito de pleitear do contribuinte.

transcrevo:

Outro, aliás, não é o entendimento do Parecer COSIT nº 58/98, que a seguir



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário.

Ementa: RESOLUÇÃO DO SENADO. EFEITOS.

A Resolução do Senado que suspende a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF tem efeitos *ex tunc*.

TRIBUTO PAGO COM BASE EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RESTITUIÇÃO. HIPÓTESES.

Os delegados e inspetores da Receita Federal estão autorizados a restituir tributo que foi pago com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, em ações incidentais, para terceiros não-participantes da ação - como regra geral - apenas após a publicação da Resolução do Senado que suspenda a execução da lei. Excepcionalmente, a autorização pode ocorrer em momento anterior, desde que seja editada lei ou ato específico do Secretário da Receita Federal que estenda os efeitos da declaração de inconstitucionalidade a todos.

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

Somente são passíveis de restituição os valores recolhidos indevidamente que não tiverem sido alcançados pelo prazo decadencial de 5 (cinco anos), contado a partir da data do ato que conceda ao contribuinte o efetivo direito de pleitear a restituição.

Dispositivos Legais: Decreto nº 2.346/1997, art. 1º. Medida Provisória nº 1.699-40/1998, art. § 2º. Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) art. 168.

RELATÓRIO

As projeções do Sistema de Tributação formulam consulta sobre restituição/compensação de tributo pago em virtude de lei declarada inconstitucional, com os seguintes questionamentos:

a) com a edição do Decreto nº 2.346/1997, a Secretaria da Receita Federal e a Procuradoria da Fazenda Nacional passam a admitir eficácia *ex tunc* às decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja na via direta, seja na via de exceção?



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

b) nesta hipótese, estaríamos delegados e inspetores da Receita Federal autorizados a restituir tributo cobrado com base em lei declarada inconstitucional pelo STF?

c) se possível restituir as importâncias pagas, qual o termo inicial para a contagem do prazo de decadência a que se refere o art. 168 do CTN: a data do pagamento efetuado ou a data da interpretação judicial?

d) os valores pagos à título de Finsocial, pelas empresas vendedoras de mercadorias e mistas no que excederam à 0,5% (meio por cento), com fundamento na Lei nº 7.689/1988, art. 9º, e conforme Leis nºs 7.787/1989 e 8.147/1990, acrescidos do adicional de 0,1% (zero virgula um por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do Decreto-lei 2.397/1987, art. 22, podem ser restituídos a pedido dos interessados, de acordo com o disposto na Medida Provisória nº 1.621-36/1998, art. 18, § 2º? Em caso afirmativo, qual o prazo decadencial para o pedido de restituição?

e) a ação judicial o contribuinte não cumula pedido de restituição, sendo a mesma restrita ao pedido de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988 e do direito ao pagamento do PIS pela Lei Complementar nº 7/1970. Para que seja afastada a decadência, deve o autor cumular com a ação o pedido de restituição do indébito?

f) considerando a IN SRF nº 21/1997, art. 17, § 1º, com as alterações da IN SRF nº 73/1997, que admite a desistência da execução de título judicial, perante o Poder Judiciário, para pleitear a restituição/compensação na esfera administrativa, qual deve ser o prazo decadencial (cinco ou dez anos) e o termo inicial para a contagem desse prazo (o ajuizamento da ação ou da data do pedido na via administrativa)? Há que se falar em prazo prescricional ("prazo para pedir")? O ato de desistência, por parte do contribuinte, não implicaria, expressamente, renúncia de direito já conquistado pelo autor, vez que o CTN não prevê a data do ajuizamento da ação para contagem o prazo decadencial, o que justificaria o autor a prosseguir na execução, por ser mais vantajoso?

FUNDAMENTOS LEGAIS

2. A Constituição de 1988 firmou no Brasil o sistema jurisdicional de constitucionalidade pelos métodos do controle concentrado e do controle difuso.



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

3. O controle concentrado, que ocorre quando um único órgão judicial, no caso o STF, é competente para decidir sobre a inconstitucionalidade, é exercitado pela ação direta de inconstitucionalidade - ADIn e pela ação declaratória de constitucionalidade, onde o autor propõe demanda judicial tendo como núcleo a própria inconstitucionalidade ou constitucionalidade da lei, e não um caso concreto.

4. O controle difuso - também conhecido por via de exceção, controle indireto, controle em concreto ou controle incidental (*incidenter tantum*) - ocorre quando vários ou todos os órgãos judiciais são competentes para declarar a inconstitucionalidade de lei ou norma.

4.1 Esse controle se exerce por via de exceção, quando o autor ou réu em uma ação provoca incidentalmente, ou seja, paralelamente à discussão principal, o debate sobre a inconstitucionalidade da norma, querendo, com isso, fazer prevalecer a sua tese.

5. Com relação aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, no caso de controle concentrado, segundo a doutrina e a jurisprudência do STF, no plano pessoal, gera efeitos contra todos (*erga omnes*); no plano temporal, efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos, ou seja, desde a entrada em vigor da norma); e, administrativamente, têm efeito vinculante.

5.1 Os efeitos da ADIn se estendem além das partes em litígio, pois o que se está analisando é a lei em si mesma, desvinculada de um caso concreto. Tal declaração atinge, portanto, a todos os que estejam implicados na sua objetividade.

5.2 Nesse sentido, quando o STF conhecer da Ação de Inconstitucionalidade pela via da ação direta, prescinde-se da comunicação ao Senado Federal para que este suspenda a execução da lei ou do ato normativo inquinado de inconstitucionalidade (Regimento Interno do STF, arts. 169 a 178).

6. Passando a analisar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, devem ser consideradas duas possibilidades, posto que, no tocante ao caso concreto, à lide em si, os efeitos da declaração estendem-se, no plano pessoal, apenas aos interessados no processo, vale dizer, têm efeitos *interpartes*; em sua dimensão temporal, para essas mesmas partes, teria efeito *ex tunc*.



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

6.1 No que diz respeito a terceiros não-participantes da lide, tais efeitos somente seriam os mesmos depois da intervenção do Senado Federal, porquanto a lei ou o ato continuariam a vigor, ainda que já pronunciada a sentença de inconformidade com a Constituição. É o que se depreende do art. 52 da Carta Magna, *verbis*:

"Art.52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;"

7. Vale dizer, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade obtida pelo controle difuso somente alcançam terceiros, não-participantes da lide, se for suspensa a execução da lei por Resolução baixada pelo Senado Federal.

7.1 Nesse sentido, manifesta-se o eminente constitucionalista José Afonso da Silva:

"... A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga: teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua excoutoriedade nos termos do artigo 52, X; ..."

8. Quanto aos efeitos, no plano temporal, ainda com relação ao controle difuso, a doutrina não é pacífica, entendendo alguns que seriam *ex tunc* (como Celso Bastos, Gilmar Ferreira Mendes) enquanto outros (como José Afonso da Silva) defendem a teoria de que os efeitos seriam *ex nunc* (impediriam a continuidade dos atos para o futuro, mas não desconstituiria, por si só, os atos jurídicos perfeitos e acabados e as situações definitivamente constituídas).

9. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, apoiada na mais autorizada doutrina, conforme o Parecer PGFN nº 1.185/1995, tinha, na hipótese de controle difuso, posição definida no sentido de que a Resolução do Senado Federal que declarasse a inconstitucionalidade de lei seria dotada de efeitos *ex nunc*.

9.1 Contudo, por força do Decreto nº 2.346/1997, aquele órgão passou a adotar entendimento diverso, manifestado no Parecer PGFN/CAT/nº437/1998.

10. Dispõe o art. 1º do Decreto nº 2.346/1997



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

"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 ou indireta, obedecidos aos 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 dispositivo do parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal."

11. O citado Parecer PGFN/CAT/nº437/1998 tornou sem efeito o Parecer PGFN nº 1.185/1995, concluindo que "o Decreto nº 2.346/1997 impôs, com força vinculante para a Administração Pública Federal, o efeito *ex tunc* ao ato do Senado Federal que suspenda a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF".

11.1 Em outras palavras, no controle de constitucionalidade difuso, com a publicação do Decreto nº 2.346/1997, os efeitos da Resolução do Senado foram equiparados aos da ADIn.

12. Conseqüentemente, a resposta à primeira questão é afirmativa: os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja por via de controle concentrado, seja por via de controle difuso, são retroativos, ressaltando-se que, pelo controle difuso, somente produzirá esses efeitos, em relação a terceiros, após a suspensão pelo Senado da lei ou do ato normativo declarado inconstitucional.

12.1 Excepcionalmente, o Decreto prevê, em seu art. 4º, que o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional possam adotar, no âmbito de suas competências, decisões definitivas do STF que declarem a inconstitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo que teriam, assim, os mesmos efeitos da Resolução do Senado.



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

13. Com relação à segunda questão, a resposta é que nem sempre os delegados/inspetores da Receita Federal podem autorizar a restituição de tributo cobrado com base em lei declarada inconstitucional pelo STF. Isto porque, no caso de contribuintes que não foram partes nos processos que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade - no caso de controle difuso, evidentemente - para se configurar o indébito, é mister que o tributo ou contribuição tenha sido pago com base em lei ou ato normativo declarado inconstitucional com efeitos *erga omnes*, o que, já demonstrado, só ocorre após a publicação da Resolução do Senado ou na hipótese prevista no art. 4º do Decreto nº 2.346/1997.

14. Esta é a regra geral a ser observada, havendo, contudo, uma exceção à ela, determinada pela Medida Provisória nº 1.699-40/1998, art. 18 § 2º, que dispõe:

"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:

.....

§ 2º - O disposto neste artigo não implicará restituição "ex officio" de quantias pagas."

15. O citado artigo consta da MP que dispõe sobre o CADIN desde a sua primeira edição, em 30/08/95 (MP nº 1.110/1995, art. 17), tendo havido, desde então, três alterações em sua redação.

15.1 Duas das alterações incluíram os incisos VIII (MP nº 1.244, de 14/12/95) e IX (MP nº 1.490-15, de 31/10/96) entre as hipóteses de que trata o *caput*.

16. A terceira alteração, ocorrida em 10/06/1998 (MP nº 1.621-36), acrescentou ao § 2º a expressão "*ex officio*". Essa mudança, numa primeira leitura, poderia levar ao entendimento de que, só a partir de então, poderia ser procedida a restituição, quando requerida pelo contribuinte; antes disso, o interessado que se sentisse prejudicado teria que ingressar com uma ação de repetição de indébito junto ao Poder Judiciário.

16.1 Salienta-se que, nos termos da Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), art. 1º, § 4º, as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

17. Entretanto, conforme consta da **Exposição de Motivos** que acompanhou a proposta de alteração, o disposto no § 2º **"consiste em norma a ser observada pela Administração Tributária, pois esta não pode proceder *ex officio*, até por impossibilidade material e insuficiência de informações, eventual restituição devida"**. O acréscimo da expressão ***ex officio*** visou, portanto, tão-somente, dar mais clareza e precisão à norma, pois os **contribuintes** já faziam jus à restituição antes disso; não criou fato novo, situação nova, razão pela qual não há que se falar em lei nova.

18. Logo, os delegados/inspetores da **Receita Federal** também estão autorizados a proceder à restituição/compensação nos casos expressamente previstos na MP nº 1.699/1998, art. 18, antes mesmo que fosse incluída a expressão ***"ex officio"*** ao § 2º.

19. Com relação ao questionamento da **compensação/restituição** do Finsocial recolhido com alíquotas majoradas acima de 0,5% (meio por cento) - e que foram declaradas inconstitucionais **elo STF em diversos recursos** - como as decisões do STF são decorrentes de incidentes de inconstitucionalidade via recurso ordinário, cujos dispositivos, **por não terem** a sua aplicação suspensa pelo Senado Federal, **produzem efeitos apenas entre** as partes envolvidas no processo (a União e o contribuinte que **ajuizou a ação**), não haveria, a princípio, que se cogitar de indébito tributário neste caso.

19.1 Contudo, conforme já **esposado**, esta é uma das hipóteses em que a MP nº 1.699-40/1998 permite, **expressamente, a restituição** (art. 18, inciso III), razão pela qual os delegados/inspetores estão autorizados a procedê-la.

19.2 O mesmo raciocínio **vale para a compensação** com outros tributos ou contribuições administrados pela SRF, devendo ser salientado que o interessado deve, necessariamente, **pleiteá-la administrativamente**, mediante requerimento (IN SRF nº 21/1997, art. 12), inclusive quando se tratar de compensação Finsocial x Cofins (o ADN COSIT nº 15/1994 definiu que essas contribuições não são da mesma espécie).

20. Ainda com relação à **compensação Finsocial x Cofins**, o Secretário da Receita Federal, com a edição da IN SRF nº 32/1997, art. 2º, havia decidido, *verbis*:

"Art. 2º - Convalidar a compensação efetiva pelo contribuinte, com a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, devida



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

e não recolhida, dos valores da contribuição ao Fundo de Investimento social - FINSOCIAL, recolhidos pelas empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme as 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".

20.1 O disposto acima encontra amparo legal na Lei nº 9.430/1996, art. 77, e no Decreto nº 2.194/1997, § 1º (o Decreto nº 2.346/1997, que revogou o Decreto nº 2.194/1997, manteve, em seu art. 4º, a competência do Secretário da Receita Federal para autorizar a citada compensação).

21. Ocorre que a IN SRF nº 32/1997 convalidou as compensações efetivas pelo contribuinte do Finsocial com a Cofins, que tivessem sido realizadas até aquela data. Tratou-se de ato isolado, com fim específico. Assim, a partir da edição da IN, como já dito, a compensação só pode ser procedida a requerimento do interessado, com base na MP nº 1.699-40/1998.

22. Passa-se a analisar a terceira questão proposta. O art. 168 do CTN estabelece prazo de 5 (cinco) anos para o contribuinte pleitear a restituição de pagamento indevido ou maior que o devido, contados da data da extinção do crédito tributário.

23. Como bem coloca Paulo de Barros Carvalho, "a decadência ou caducidade é tida como o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo" (Curso de Direito Tributário, 7ª ed., 1995, p.311).

24. Há de se concordar, portanto, com o mestre Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Forense, Rio, p. 570), que entende que o prazo de que trata o art.168 do CTN é de decadência.

25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável; que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, era a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos.



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

26. Logo, para o contribuinte que foi parte na **relação processual** que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o **início da decadência** é contado a partir do trânsito em julgado da decisão **judicial**. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os **efeitos da decisão** forem válidos *erga omnes*, que, conforme já **dito no item 12**, ocorre apenas após a publicação da Resolução do **Senado** ou após a edição de ato específico da Secretária da Receita Federal (**hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º**).

26.1 Quanto à declaração de inconstitucionalidade da lei por meio de ADIn, o termo inicial para a contagem do prazo de **decadência** é a data do trânsito em julgado da decisão do STF.

27. Com relação às hipóteses previstas na MP nº 1.699-40/1998, art. 18, o prazo para que o contribuinte não-participante da ação possa pleitear a restituição/compensação se iniciou com a data da **publicação**:

- a) da Resolução do Senado nº 11/1995, para o **caso do inciso I**;
- b) da MP nº 1.110/1995, para os casos dos **incisos II a VII**;
- c) da Resolução do Senado nº 49/1995, para o **caso do inciso VIII**;
- d) da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do **inciso IX**.

28. Tal conclusão leva, de imediato, à **resposta à quinta pergunta**. Havendo pedido administrativo e restituição do PIS, **fundamentando** em decisão judicial específica, que reconhece a **inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988** e declara o **direito do contribuinte** de recolher essa contribuição com base na Lei Complementar nº 7/1970, o pedido deve ser deferido, pois desde a publicação da **Resolução do Senado nº 49/1995** o contribuinte - mesmo aquele que não tenha **cumulado à ação** o respectivo pedido de restituição - tem esse direito garantido.

29. Com relação ao prazo para solicitar a **restituição do Finsocial**, o Decreto nº 92.698/1986, art. 122, estabeleceu o prazo de **10 (dez) anos**, conforme se verificar em seu texto:

"Art. 122. O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos, contados (Decreto-lei nº 2.049/83. art. 9º).



Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

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."

30. Inobstante o fato de os decretos terem força vinculante para a administração, conforme assinalado no prolapado Parecer PGFN/CAT/nº 437/1998, o dispositivo acima não foi recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, razão pela qual o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição ao Finsocial é o mesmo que vale para os demais tributos e contribuições administrados pelo SRF, ou seja, 5 (cinco) anos (CTN, art. 168), contado da forma antes determinada.

30.1 Em adiantamento, salientou-se que, no caso da Cofins, o prazo de cinco anos consta expressamente do Decreto nº 2.173/1997, art. 78 (este Decreto revogou o Decreto nº 612/1992, que, entretanto, estabelecia idêntico prazo).

31. Finalmente a questão acerca da IN SRF nº 21/1997, art. 17, com as alterações da IN SRF nº 73/1997. Neste caso, não há que se falar em decadência ou prescrição, tendo em vista que a desistência do interessado só ocorreria na fase de execução do título judicial. O direito à restituição já teria sido reconhecido (decisão transitada em julgado), não cabendo à administração a análise do pleito de restituição, mas, tão-somente, efetuar o pagamento.

31.1 Com relação ao fato da não-desistência da execução do título judicial ser mais ou menos vantajosa para o autor, trata-se de juízo a ser firmado por ele, tendo em vista que a desistência é de caráter facultativo. Afinal, o pedido na esfera administrativa pode ser medida interessante para alguns, no sentido de que pode acelerar o recebimento de valores que, de outra sorte, necessitariam seguir trâmite, em geral, mais demorado (emissão de precatório).

CONCLUSÃO

32. Em face do exposto, conclui-se, em resumo que:

a) as decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, seja na via direta, seja na via de exceção, têm eficácia *ex tunc*;



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

b) os delegados e inspetores da Receita Federal **podem** autorizar a restituição de tributo cobrado com base em lei declarada **inconstitucional** pelo STF, desde que a declaração de inconstitucionalidade tenha **sido proferida** na via direta; ou, se na via indireta:

1. quando ocorrer a suspensão da execução **da lei** ou do ato normativo pelo Senado; ou

2. quando o Secretário da Receita Federal **editar** ato específico, no uso da autorização prevista no Decreto nº 2.346/1997, **art. 4º**; ou ainda

3. nas hipóteses elencadas na MP nº 1.699-40/1998, art. 18;

c) quando da análise dos pedidos de restituição/compensação de tributos cobrados com base em lei declarada **inconstitucional** pelo STF, deve ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco) **anos** previsto no art. 168 do CTN, seja no caso de controle concentrado (o **termo inicial** é a data do trânsito em julgado da decisão do STF), seja no do **controle difuso** (o termo inicial para o contribuinte que foi parte na relação processual é a data do trânsito em julgado da decisão judicial e, para terceiros **não-participantes** da lide, é a data da publicação da Resolução do Senado ou **a data** da publicação do ato do Secretário da Receita Federal, a que se refere o **Decreto** nº 2.346/1997, art. 4º), bem assim nos casos permitidos pela **MP** nº 1.699-40/1998, onde o termo inicial é a data da publicação:

1. da Resolução do Senado nº 11/1995, para o **caso** do inciso I;

2. da MP nº 1.110/1995, para os casos dos **incisos** II a VII;

3. da Resolução do Senado nº 49/1995, para o **caso** do inciso VIII;

4. da MP nº 1.490-15/1996, para o caso do **inciso** IX;

d) os valores pagos indevidamente a título de Finsocial pelas empresas vendedoras de mercadorias e mistas - MP nº 1.699-40/1998, art. 18, inciso III - podem ser objeto de pedido de restituição/compensação desde a edição da MP nº 1.110/1995, devendo ser observado o prazo **decadencial** de 5 (cinco anos);

e) os pedidos de restituição/compensação **do PIS** recolhido a maior com base nos Decretos-Leis nºs 2.445/1988 e 2.449/1988, fundamentados em **decisão**



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

judicial específica, devem ser feitos dentro do prazo de 5 (cinco) anos, contando da data de publicação da Resolução do Senado nº 49/1995;

f) na hipótese da IN SRF nº 21/1997, art. 17, § 1º, com as alterações da IN SRF nº 73/1997, não há que se falar em prazo decadencial ou prescricional, tendo em vista tratar-se de decisão já transitada em julgado, constituindo, apenas, uma prerrogativa do contribuinte, com vistas ao recebimento, em prazo mais ágil, de valor a que já tem direito (a desistência se dá na fase de execução do título judicial).

ORDEM DE INTIMAÇÃO

Às Divisões de Tributação das SRRF/1ª a 10ª e às Delegacias da Receita Federal de julgamento, para ciência.

CARLOS ALBERTO DE NIZA E CASTRO
Coordenador-Geral da COSIT

Aprovo
OTTO GLASNER

Secretário-Adjunto da Receita Federal”.

Como já manifestei no presente voto, filio-me ao mesmo entendimento esposado pelo Parecer transcrito. E no presente caso, considero que a sua aplicação é inquestionável. Isto porque a data do protocolo do pedido é 27.05.99. Diz a decisão recorrida que as decisões administrativas devem respeitar o entendimento do Ato Declaratório SRF nº 096/99. No entanto, tal entendimento por parte da administração tributária passou a existir na data da publicação do Ato Declaratório, ou seja, 30.11.99. Até essa data vigia o entendimento do Parecer.

Se debates podem ocorrer em relação à matéria quanto aos pedidos formulados após 30.11.99, parece-me indubitável que os pleitos formalizados até essa data deverão ser solucionados de acordo com o entendimento do citado parecer. Até porque os processos protocolizados antes de 30.11.99 e julgados seguiram a orientação do Parecer. Os que embora protocolizados não foram julgados deverão de seguir o mesmo entendimento, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação absolutamente igual.

Exemplificando: dois contribuintes protocolizaram pedidos de restituição do FINSOCIAL anteriormente a 30.11.99. Um contribuinte teve o seu processo julgado antes dessa data e, portanto, na linha do entendimento do Parecer. O outro teve o seu processo julgado



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10940.000844/99-25
Acórdão : 201-74.582

posteriormente a 30.11.99. Tem alguma lógica ou algum fundamento de Justiça decidir o processo do segundo contribuinte à luz do entendimento do Ato Declaratório? **Evidente** que não.

Isto posto, voto no sentido de aplicar ao presente caso o entendimento do Parecer COSIT nº 58/98, vigente à época do pedido, razão pela qual dou provimento ao recurso, ressalvado o direito de a Fazenda Nacional verificar os cálculos apresentados pela contribuinte.

Sala das Sessões, em 19 de abril de 2001

SERAFIM FERNANDES CORRÊA