



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Segundo Conselho de Contribuintes  
Publicado no Diário Oficial da União  
de 09 / 07 / 2002  
Rubrica

**Processo** : 11070.000278/96-95  
**Acórdão** : 201-74.834  
**Recurso** : 112.000

**Sessão** : 19 de junho de 2001  
**Recorrente** : SUPERMERCADOS ECONOSUL LTDA.  
**Recorrida** : DRJ em Santa Maria - RS

**EMENTA:** AUTO DE INFRAÇÃO. FINSOCIAL. INEXIGIBILIDADE. COISA JULGADA MATERIAL AFASTADA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NOTA MF/SRF/COSIT Nº 11, DE 05 DE JANEIRO DE 2000. DIREITO A COMPENSAÇÃO. IN SRF 21/97 E ALTERAÇÕES - A posterior declaração de inconstitucionalidade de tributo se sobrepõe a coisa julgada, porquanto não pode o contribuinte ser prejudicado por ter buscado tutela jurisdicional, sob pena de afronta direta ao princípio da isonomia. Prevalência do princípio da isonomia tributária em detrimento da coisa julgada a fim de afastar concorrência desleal.- Direito de ressarcimento dos valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL de contribuintes com sentença judicial transitada em julgado em favor da União reconhecido através da NOTA MF/SRF/COSIT nº 11, de 05 de janeiro de 2000. Reconhecimento do direito à compensação nos moldes da IN SRF nº 21/97, com alterações da IN SRF nº 73/97. **Recurso provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: SUPERMERCADOS ECONOSUL LTDA.

**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 junho de 2001

  
Jorge Freire  
Presidente

  
Antonio Mário de Abreu Pinto  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer, Luiza Helena Galante de Moraes, Serafim Fernandes Corrêa, Gilberto Cassuli, José Roberto Vieira e Sérgio Gomes Velloso.

cl/mdc



**Processo** : 11070.000278/96-95  
**Acórdão** : 201-74.834  
**Recurso** : 112.000

**Recorrente** : SUPERMERCADOS ECONOSUL LTDA.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto ante decisão n.º 55, de 02 de janeiro de 1999 (fls. 67/72) da DRJ em Santa Maria - RS que julgou parcialmente procedente o lançamento efetuado por entender que a ora Recorrente não teria direito de compensar as parcelas indevidamente recolhidas a título de FINSOCIAL com parcelas vencidas desta mesma contribuição, porquanto teria transitado em julgado decisão judicial que teria declarado constitucional a exigência do FINSOCIAL em alíquotas superiores a 0,5% (zero vírgula cinco por cento)

Em suas razões recursais, defende a Recorrente que a causa de pedir do Mandado de Segurança impetrado seria o reconhecimento da constitucionalidade da exigência do FINSOCIAL, não tendo sido apreciada a constitucionalidade das majorações da alíquota desta contribuição, fato que afastaria a aplicação do instituto da coisa julgada no caso em apreço.

Por fim, invoca a Recorrente que o direito a compensação tributária estaria previsto e autorizado em diversas instruções normativas, bem como estaria albergado pelo art. 170 do Código Tributário Nacional, pela Lei ordinária n.º 9.430/96, bem como pelo art. 1.099 do Código Civil

É o relatório.



Processo : 11070.000278/96-95  
Acórdão : 201-74.834  
Recurso : 112.000

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO MÁRIO DE ABREU PINTO

O recurso é tempestivo dele tomo conhecimento.

A Recorrente, em sede de mandado de segurança, teve reconhecida a constitucionalidade das Leis Ordinárias nºs 7.689/88, 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/89 que previam alíquotas do FINSOCIAL superiores a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) para empresas comerciais, tendo a referida decisão transitado em julgado, fazendo coisa julgada material soberana.

Ocorre que, após o trânsito em julgado da decisão acima referida, o Colendo Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as alíquotas desta contribuição em percentuais superiores a 0,5% (zero vírgula cinco por cento).

Posteriormente a esta decisão e tendo em vista o enorme número de ações judiciais sobre a matéria, foi editada a Medida Provisória nº 1.110 de 30 de agosto de 1995 que, entre outras providências, dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na Dívida Ativa da União, o ajuizamento de respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente à contribuição ao FINSOCIAL exigida das empresas comerciais, como a ora Recorrente.

Após a edição da Medida Provisória acima referida, que representou o reconhecimento da existência de créditos tributários oriundos do recolhimento indevido do FINSOCIAL, os contribuintes passaram a requerer, administrativamente, a devolução das parcelas indevidamente recolhidas sob a forma de compensação ou de ressarcimento, o que vem sendo deferido pela Administração.

Cinge-se a questão, portanto, em definir se a coisa julgada material que declarou constitucional as majorações da alíquota da mencionada contribuição para determinado contribuinte irá prevalecer sobre o entendimento posterior do Colendo Supremo Tribunal Federal que expurgou do ordenamento jurídico pátrio as normas que embasavam as referidas majorações.

O instituto da coisa julgada, entendido como a eficácia que torna indiscutível e imutável a decisão judicial não mais sujeita a recursos, seja ordinário ou extraordinário, é garantia fundamental inserida na Carta Magna Federal de 1988.



**Processo** : 11070.000278/96-95  
**Acórdão** : 201-74.834  
**Recurso** : 112.000

Contudo, excepciona o art. 471 do Código de Processo Civil essa regra da impossibilidade de nova decisão sobre questões relativas a mesma lide quando sobrevier modificação no estado de fato e de direito na relação jurídica objeto de provimento judicial. E foi justamente o que ocorreu no caso em tela.

A edição de Medida Provisória nº 1.110/95 após o trânsito em julgado da decisão que declarava constitucional o FINSOCIAL alterou, substancialmente a situação de fato e de direito para os contribuintes deste tributo, porquanto além de ter sido afastada qualquer possibilidade de autuação ou de qualquer procedimento administrativo tendente a lançar aquele tributo, restou incontroverso o direito ao crédito das parcelas indevidamente recolhidas a este título.

Destarte, verifica-se que a manutenção da decisão judicial abrangida pela coisa julgada apenas para a ora Recorrente ensejará, necessariamente, tratamento anti-isonômico entre contribuintes em situações semelhantes, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal.

O ilustre jurista pernambucano Souto Maior Borges *in* Revista dos Tribunais nº 64, assevera, brilhantemente, que o princípio da isonomia ou da legalidade isônoma, consiste em um protoprincípio, porquanto é o mais originário e condicionante dos princípios constitucionais. Depende dele a eficácia de todos os demais princípios, daí ser possível aplicá-lo em detrimento da coisa julgada.

Sobre a matéria em exame, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o princípio da isonomia, em detrimento da coisa julgada, por entender que se trata de princípio da mais alta hierarquia, informador do ordenamento jurídico pátrio que deve ser aplicado como forma de manter a Democracia, a livre concorrência, conforme ementa a seguir transcrita, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL. RESCISÓRIA. RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. FUNÇÃO HARMONIZADORA DOS JULGADOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SÚMULA 343/STF. INAPLICABILIDADE.

1. Há de se rescindir decisão baseada em lei considerada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tal posicionamento venha a ocorrer após o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.
2. A Súmula nº 343, do STF, há de ser compreendida com a mensagem específica que ela contém: a de não ser aplicada quando a controvérsia esteja envolvida com matéria de nível constitucional.



Processo : 11070.000278/96-95  
Acórdão : 201-74.834  
Recurso : 112.000

3. A coisa julgada tributária não deve prevalecer para determinar que contribuinte recolha tributo cuja exigência legal foi tida como inconstitucional pelo Supremo. O prevalecimento dessa decisão acarretará ofensa direta aos princípios da legalidade e da igualdade tributárias.

4. Não é concebível se admitir um sistema tributário que obrigue um determinado contribuinte a pagar tributo cuja lei que o criou foi julgada definitivamente inconstitucional, quando os demais contribuintes a tanto não são exigidos, unicamente por força da coisa julgada.

5. Recurso provido para se determinar o conhecimento da rescisória quanto ao mérito, proferindo o Tribunal "a quo" novo julgamento da causa. (grifos nossos)

Entendo, com base na decisão acima que não é tolerável a manutenção de decisão judicial, ainda que abrangida pela coisa julgada, quando esta propiciar tratamento diferenciado entre contribuintes em situações equivalentes, sob pena de permitir concorrência desleal.

Por outro lado e corroborando o entendimento ora exposto, adoto o entendimento firmado na NOTA/SRF/Cosit nº 11, de 05 de janeiro de 2000, que reconhece o direito de ressarcimento dos valores indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL de contribuintes com sentença judicial transitada em julgado em favor da União, tendo em vista que a Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995 não excepcionou os casos em que havia coisa julgada, *verbis*:

*"(...) 6. Portanto, não foi pela declaração de inconstitucionalidade proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1 que o Finsocial com base em alíquotas majoradas tornou-se inexigível, mas pelo comando inicialmente contido no art. 17 da Medida Provisória (MP) nº 1.110, de 30 de agosto de 1995, e, atualmente, no art. 18, inciso III, da MP nº 1.973, de 10 de dezembro de 1999, que dispõe, *ipsis litteris*:*

*'Art. 18. Ficam dispensadas 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:*

*(...)*



**Processo** : 11070.000278/96-95  
**Acórdão** : 201-74.834  
**Recurso** : 112.000

*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 zero vírgula cinco por cento, conforme Leis nº 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 zero vírgula um 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.”*

*7. Note-se que o referido diploma legal, ao dispensar a constituição daqueles créditos tributários, não excepcionou os casos de sentença judicial transitada em julgado favorável à cobrança do Finsocial às alíquotas majoradas. Destarte, sua aplicação alcança também os contribuintes que tenham contra si sentença judicial transitada em julgado proferida em processo que verse sobre essa exigência fiscal.*

*8. Pelo disposto no dispositivo legal anteriormente transcrito, claro está que contra esses contribuintes, no caso de não terem efetuado pagamento, parcelamento ou depósito que tenha sido convertido em renda da União, não será lançado o Finsocial com base nas Leis nº 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. Resta perquirir o cabimento de restituição ou compensação no caso de ter ocorrido a extinção do crédito tributário, constituído com base nas alíquotas majoradas, pelo pagamento ou conversão de depósito em renda.*

*9. Ora, da dispensa da constituição dos créditos tributários relativos ao Finsocial, com base em alíquotas superiores a 0,5% decorreu, em última análise, que esses créditos tornaram-se inexigíveis e, sendo assim, os pagamentos ou recolhimentos que tenham sido efetuados com base em alíquotas majoradas tornaram-se maiores que o devido, nos termos do art. 165 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996, fazendo nascer para o contribuinte o direito à repetição do indébito.*



Processo : 11070.000278/96-95  
Acórdão : 201-74.834  
Recurso : 112.000

*9.1 Nesse aspecto, cumpre observar que a própria MP nº 1.973/1999, no § 3º do seu art. 18, à vista do nascimento desse direito, já tratou de esclarecer que a restituição dos valores pagos a maior dependeria de requerimento do interessado, para afastar o procedimento ex officio que porventura dela pudesse ser deduzido.*

*10 Outra questão apontada pela DRF/Joinville como possível óbice à restituição, nos casos de sentença judicial transitada em julgado a favor da Fazenda Pública, é a proteção constitucional da coisa julgada.*

*10.1 Convém então lembrar que excede a esfera de competência administrativa versar sobre constitucionalidade de disposição legal ou normativa. Não obstante isso, registre-se, por oportuno, que a alegada proteção constitucional está inserta no Capítulo I do Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, cujo art. 5º objetiva assegurar direitos fundamentais aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Assim, o inciso XXXVI desse artigo, ao estabelecer que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, nem a coisa julgada, contém, implicitamente, comando dirigido ao legislador – incluído aqui o Poder Executivo quando este assume a função legislativa pela edição de medidas provisórias – para que sua não se choque com a preservação de direitos e garantias definitivamente conquistados pelos indivíduos.*

*10.2 No caso em exame, claro está que o disposto no art. 17, inciso III, da MP nº 1.110/1995 – art. 18, inciso III, da MP nº 1.973/1999 – não fere direitos individuais ou coletivos, ao contrário, faz nascer o direito de crédito contra a Fazenda Nacional, para os contribuintes que tenham efetuado pagamento ou recolhimento de acordo com disposições declaradas inconstitucionais.*

*11. Destarte, sendo o contribuinte detentor de créditos contra a Fazenda Nacional, é-lhe facultado requerer a restituição dos valores relativos a esses créditos ou proceder à compensação com débitos, observadas as disposições legais e normativas que regem essas matérias, inclusive as relativas ao prazo para o exercício desse direito.*

*12. Diante disso, considerando a existência de abrigo legal para se proceder a restituição, ou compensação com débitos, de valores relativos ao Finsocial pagos ou recolhidos com base em alíquotas majorada, no caso questionado –*



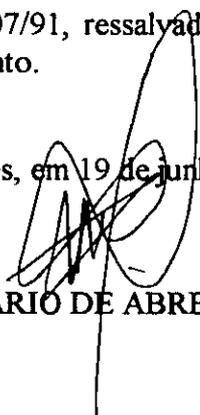
Processo : 11070.000278/96-95  
Acórdão : 201-74.834  
Recurso : 112.000

**sentença transitada em julgado a favor da União – há de se abordar a questão relativa ao termo inicial para atualização monetária na hipótese de depósito convertido em renda da União.” (...)**  
(grifos nossos).

No tocante ao pedido de compensação, pertine destacar que a IN SRF nº 21/97, com as alterações proporcionadas pela IN SRF Nº 73/97, permite o procedimento compensatório requestado.

Diante do exposto, adoto o entendimento proferido na NOTA MF/SRF/COSIT nº 11, de 05 de janeiro de 2000, dando provimento ao recurso voluntário para admitir a possibilidade de haverem valores a serem restituídos/compensados, face a existência da contribuição para o FINSOCIAL recolhida na alíquota superior a 0,5% (zero vírgula cinco por cento), no período de 01/90 a 07/91, ressaltado o direito de o Fisco averiguar a exatidão dos cálculos efetuados no procedimento.

Sala das Sessões, em 19 de junho de 2001

  
ANTONIO MÁRIO DE ABREU PINTO