



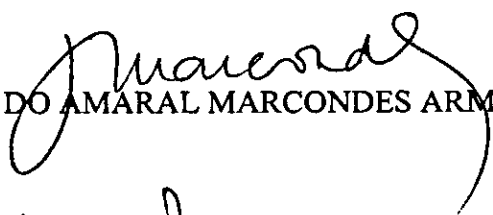
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA**

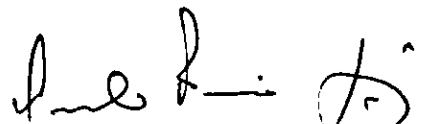
Processo nº : 13523.000107/97-24
Recurso nº : 132.060
Acórdão nº : 302-37.657
Sessão de : 21 de junho de 2006
Recorrente : TOPVEL – TROPICAL VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.
Recorrida : DRJ/SALVADOR/BA

O prazo decadencial de cinco anos para pedir a restituição dos pagamentos de Finsocial inicia-se a partir da edição da MP 1110, de 30/08/1995, devendo ser reformada a decisão monocrática para, considerando a não decadência do direito de fazer esse pleito, examinar a questão de mérito, além de se certificar se o contribuinte reveste a forma jurídica que o habilita a pleitear tal restituição.
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

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 retornando-se os autos à Repartição de Origem para apreciação das demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. As Conselheiras Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro e Mércia Helena Trajano D'Amorim votaram pela conclusão. Vencidas as Conselheiras Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto e Judith do Amaral Marcondes Armando que negavam provimento.


JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO
Presidente


PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR
Relator

Formalizado em:

11 JUL 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Corinho Oliveira Machado, Luciano Lopes de Almeida Moraes e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

RELATÓRIO

O pedido de restituição/compensação do Finsocial, protocolado pela interessada em 19/11/1997, por pagamento indevido, foi improvido pelo Acórdão 06206, datado de 23/12/2004, da 4ª Turma da DRJ/SALVADOR/BA, de fls. 168 a 174, que leio em Sessão, com a seguinte Ementa:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições
Data do fato gerador: 19/11/1997

Ementa: FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO
TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL.
DECADÊNCIA.

O prazo decadencial do direito de pleitear restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente, inclusive no caso de declaração de inconstitucionalidade de lei, é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, assim entendida a data de pagamento do tributo.

DELEGACIAS DE JULGAMENTO. AUTONOMIA.

Não compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento o questionamento quanto à validade dos dispositivos que compõem a legislação tributária em face da vinculação obrigatória às normas complementares.

Solicitação Indeferida.

O presente processo trata de pedido de restituição de créditos de Finsocial (fls. 01/02) no valor de R\$ 58.712,72 recolhido nas alíquotas superiores a 0,5% (meio por cento), nos períodos de novembro/91 a março/92, conjugado a Pedido de Compensação com débitos de PIS e Cofins (fl. 02).

Aos autos foram anexados os seguintes documentos: Quadro Demonstrativo de pagamento a maior (fl. 03 e 16), DARF—código de tributo 6120 de fls. 04/15 e de fls. 17/29, relativo ao código de tributo 3644, Relatório de Consolidação de Parcelamento de Débitos Fiscais e deferimento de créditos tributários relativos ao FINSOCIAL, PIS e Cofins (CAD de fls. 30/33), Extrato de Encerramento de Parcelamento (fls. 89/92), Cópia do Livro de Registro de Apuração do ICM (fls. 34/51), Livro Registro do ISS (fls. 52/69), Papeleta de Comprovação de Arrecadação e extratos SRF (fls. 70/77), extratos de apoio para emissão de Certidão Negativa (fls. 78/79), DCTF – 96 (fls. 80/85). Às fls. 96/97 foram anexados os extratos de processo de débitos de Finsocial, código 6120.

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

Em 08/05/2002, o contribuinte apresentou alteração do Pedido de compensação (fl. 95), para incluir novos débitos.

O órgão de origem, através do Despacho Decisório de fl. 103, com respaldo no Parecer SAORT (fls. 98/102) reconheceu em favor do requerente o direito creditório do FINSOCIAL dos períodos de apuração de 11/91, 12/91 e 01/92, 02/92 e 03/92, objetos de processo de parcelamento apresentados nas Tabelas Demonstrativo de apuração do Finsocial a restituir (Tabela 1) e Demonstrativo de Apuração do Parcelamento a Restituir Tabela 2 (fls. 104/106) e homologou a Declaração de Compensação até o limite dos créditos em favor do contribuinte.

Considerou o Parecer (fls. 98/102), quanto ao pedido de restituição, que este atendia ao disposto no art. 6º da IN nº 21/1997, mas deixava de atender o disposto no Ato Declaratório SRF nº 096/1999, operando-se a decadência quanto aos períodos anteriores de 11/90 a 10/91.

Tendo o interessado tomado ciência do resultado de seu pedido (fl. 120) em 21/09/2004, apresentou em 21/10/2004, Manifestação de Inconformidade de fls. 122/125 argumentando, em síntese, que:

- o pedido de compensação parcialmente indeferido pela DRF Feira de Santana apóia-se em orientação isolada do art. 168 I do CTN, que prevê o prazo de 5 anos contados da extinção do crédito tributário, operando-se a decadência do direito de restituição de 11/90/ a 10/91;
- o instituto da decadência está previsto no CTN, arts. 156, II e 170, corroborado por decisão judicial, cujo trecho transcreve, e anexa cópia, caracterizando-se imperfeita a decisão ora impugnada por ferir as leis e atos normativos que regem a matéria;
- observa a ilegalidade da cobrança do Finsocial acima de 0,5% do faturamento conforme definido pelo Supremo Tribunal Federal através do RE nº 148.754-2RJ referendado pela Resolução do Senado Federal nº 49 de 10/10/95, sendo a declaração de compensação protocolada em 11/97, apenas dois anos após o trânsito em julgado da decisão final.

A interessada anexou cópias da alteração Contratual (fls. 126/129) e dos documentos do procurador (fls. 130/132) e outros (fls. 133/160), além da cópia da Decisão no processo de Mandado de Segurança nº 2000.032585-2 (fls. 161/166).

Em Recurso Voluntário tempestivo, de fls. 179 a 182, que leio em Sessão, e com garantia de instância, repete suas alegações já trazidas aos Autos. Pede que seja afastada a decadência e reconhecido seu direito de compensar o seu crédito oriundo de um pagamento a maior ao FINSOCIAL, com débitos seus vencidos.

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

Este processo foi encaminhado a este 3º Conselho, distribuído a outro Relator em 12/09/2005 e redistribuído a este Relator, conforme documento de fls. 210, em 25/04/2006.

É o relatório.



VOTO

Conselheiro Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Relator

Conheço do Recurso por reunir as condições de admissibilidade.

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.

Endosso voto da douta Conselheira Simone Cristina Bissoto, de que transcrevo partes.

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 o mesmo, ou seja, 5 (cinco) 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

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

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;

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.

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 incontestado 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 nº 69233/RN; Resp nº 68292-4/SC; Resp 75006/PR, entre tantos outros).

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).

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

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 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, ainda que no controle difuso da constitucionalidade, momento a partir do qual pode o contribuinte exercitar o direito de reaver os valores que recolheu.

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

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”¹ (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.”²

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 dele 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 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.³

E dizemos administrativamente porque assim permitem as Leis 8383/91, 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).

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 MP 1110/95, 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

¹ Art. 1º, caput, do Decreto n. 2.346/97

² Parágrafo único do art. 4º do Decreto n. 2.346/97

³ Nota MF/COSIT n. 312, de 16/7/99

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

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.

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 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 Lei nº 10.522/2002 (art. 18).

Através daquela norma legal (MP 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 nºs 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, é cabível e procedente o pedido de restituição/compensação apresentado

Processo nº : 13523.000107/97-24
Acórdão nº : 302-37.657

pela Recorrente antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, publicada em 31/08/1995.

Pelo exposto e tudo o mais que dos autos consta, **dou provimento ao recurso**, para que a decisão de 1ª Instância seja reformada, afastando a decadência e no sentido de decidir sobre o mérito, uma vez que entendo não haver ocorrido a decadência do prazo para requerer a restituição dos pagamentos feitos.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2006



PAULO AFFONSECA DE BARROS FÁRIA JÚNIOR - Relator