



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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51
Recurso Nº : 131.284
Embargante : Procuradoria da Fazenda Nacional
Embargada : Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes
Interessada : NESTLÉ BRASIL LTDA.

**FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
PRAZO PARA EXERCER O DIREITO.**

O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos, contado de 12/6/98, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação.

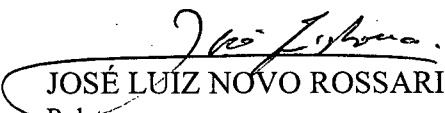
Recurso a que se dá provimento, para determinar o retorno do processo à DRJ para exame do mérito.

EMBARGOS ACOLHIDOS E PROVIDOS

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional:

DECIDEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, acolher os Embargos de Declaração. Por maioria de votos, dar provimento aos Embargos de Declaração, para retificar a fundamentação legal do acórdão embargado, mantida a decisão,** vencidos os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo, Relator, e Valmar Fonsêca de Menezes, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Luiz Novo Rossari.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI
Relator

Formalizado em: **27 ABR 2006**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Atalina Rodrigues Alves, Luiz Roberto Domingo, Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique Klaser Filho e Susy Gomes Hoffmann.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51
Recurso Nº : 131.284
Embargante : Procuradoria da Fazenda Nacional
Embargada : Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição de Finsocial referente ao período de set/89 a nov/91, no valor de R\$ 35.918.638,01, posteriormente retificado para 40.521.738,02, incluindo-se aí a empresa incorporada, em razão da não aplicação dos expurgos inflacionários devidos aos créditos à época, bem como das declarações de compensação correlatas.

A recorrente já identificada formalizou junto a Delegacia da Receita Federal em São Paulo-SP, em 11/12/02 (fls. 01/11), pedido de restituição de valores recolhidos à alíquota excedente a 0,5% de FINSOCIAL no período de set/89 a out/91, conforme planilha de fl. 113, com fundamento na MP 66/02 e IN/SRF nº 210/02, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88 pelo STF (RE nº 150.764-1/PE, de 16/12/92). Anexos documentos de fls. 13/114.

Justifica o seu pleito respaldado em decisão transitada em julgado em 21/08/97 (fl. 82), mediante acórdão de fls. 75/80, decorrente do ajuizamento de Ação Ordinária Declaratória de Existência de Relação Jurídica entre a Autora e a União, objetivando o reconhecimento do direito subjetivo da autora à compensação, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, em razão da inconstitucionalidade das majorações da alíquota do Finsocial que excederam 0,5%, devendo atualizar seu crédito de acordo com a variação do IPC, e a partir de janeiro de 1992, pela variação da Ufir, além da incidência da taxa Selic a partir de janeiro de 1996.

Em razão de poder-se cogitar que o crédito encontra-se prescrito, posto que o trânsito em julgado ocorreu em 21/08/97, portanto, passados mais de cinco anos, menciona que a IN/SRF nº 247/02, em seu art. 105, estabelece que o prazo para a constituição de créditos do PIS/Pasep e da Confins extingue-se após 10 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Menciona, ainda, a despeito do crédito deferido à contribuinte, nos termos do acórdão transitado em julgado, à época, a contribuinte utilizou para efeitos de valorização do crédito compensável, a planilha original juntada no pedido judicial, na qual foi utilizada como índice de atualização a BTNFiscal no período de outubro de 1989 a fevereiro de 1991, FAP no período de março de 1991 a dezembro de 1991, e Ufir a partir de janeiro de 1992, restando claro e inequívoco a inaplicabilidade correta do direito conferido, relativamente à correção monetária, e nesse sentido, a questão da atualização monetária faz parte do rol de matérias de ordem pública, eis que versa sobre questões de direito indisponível e de interesse social, podendo ser

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

alegada a qualquer tempo, não sendo atingida pela preclusão, a exemplo do julgado pelo STF, 2ª T, maioria, RE 220.605/AM, Rel. p/acórdão Min. Mauricio Correa, jun/2001.

Assim objetivando aplicar os índices corretos sobre a planilha apresentada pela empresa a SRF, pretende proceder à substituição dos índices utilizados à época, substituindo-os pelo Índice de Preços ao Consumidor – IPC, no período de outubro de 1989 a fevereiro de 1991, inclusive, e de março de 1991 a dezembro de 1991, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, o qual substituiu o IPC, Ufir a partir de janeiro de 1992 até dezembro de 1995 e, a partir de janeiro de 1996, utilizou-se a taxa Selic, sendo todo o valor das compensações efetivadas consideradas no cálculo, atingindo-se assim um saldo remanescente de R\$ 35.918.638,01, conforme planilhas anexas e notas explicativas de fls. 09.

Alegando haver apurado tão somente o indébito gerado por ela própria, concomitantemente requer seja considerado a anexação da planilha anexa demonstrativa do crédito da Ailiram Indústria e Comércio Ltda (fl. 141 – set/89 a nov/91), sua incorporada, que monta a importância de R\$ 4.603.114,47, resultando o pedido em R\$ 40.521.738,02.

Por meio de Despacho Decisório de 24/10/03 (fls. 150/161), a Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária em São Paulo, indefere o pedido de restituição e, em decorrência, não homologa as compensações de débitos declaradas, com fulcro nos dispositivos legais emanados do ADN/SRF nº 96/99, consubstanciados nos arts. 165-I e 168-I do CTN, no Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e ADN/COSIT nº 03/96.

Manifestando o seu inconformismo a postulante (fls. 163/177) contestou o entendimento firmado no referido despacho, arguindo sucintamente:

- Tomou ciência do indeferimento do seu pleito sob a alegação de que o direito de a interessada pleitear a restituição dos eventuais valores pagos a maior havia sido atingido pelo instituto da decadência em razão do transcurso de mais de cinco anos entre o pedido e os recolhimentos.
- Que o despacho decisório merece ser reformado em face da insubsistência das alegações, a uma, pois os efeitos oriundos de sentença judicial proferida em ação declaratória pura são imprescritíveis, e, a duas, em razão da própria natureza da questão que discute os índices a serem aplicados para a atualização monetária do indébito.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

- A ação declaratória pura é imprescritível. A sua finalidade é definir a existência ou não de uma relação jurídica, não produz efeitos constitutivos. Vale dizer, a questão de haverem sido indevidos os pagamentos do tributo pode abranger todo o período em que tais pagamentos ocorreram. (Resp 23367/AL – 1999/0090394-3, DJ 28/02/00, p. 64, Rel. Min. José Delgado, 1ª T e Resp 155326/AL – 1997/0082034-3, DJ 06/04/98, Rel. Min. José Delgado, 1ª T).
- Ressalta, inicialmente, que o pedido formulado na ação judicial diz respeito ao reconhecimento do indevido recolhimento da contribuição ao Finsocial e que o pedido de restituição indeferido diz respeito tão somente ao reconhecimento da possibilidade de restituição dos valores relativos ao Finsocial em razão da aplicação de índices de atualização monetária dissonantes dos determinados pela farta jurisprudência pátria. Portanto distintos.
- Destaca que a atualização monetária (a inclusão dos expurgos inflacionários) está no rol das matérias de ordem pública, eis que versa sobre questões de direito indisponível e de interesse social e, justamente por esta razão, tem-se que pode ser alegada a qualquer tempo, independentemente de provimento jurisdicional ou não. Nesse sentido menciona o acórdão RE 220605/AM, STF, 2ª T, Rel. Min. Maurício Correa, jun/01, extraído de: Direito Tributário, 4ª edição, p. 786, o qual determina que a *“correção monetária, legítima a atualização do valor devido, embora a correção monetária não tenha sido pedida na inicial, nem estipulada na sentença”*.
- Argüi que a aplicação da correção monetária pretendida pela interessada, por se tratar de mera recomposição patrimonial, não está sujeita aos prazos condizentes a recuperação de tributos, portanto não se alegue a ocorrência de prescrição. Menciona em apoio a sua tese o RESP 85.049/DF, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, que houve por bem decidir: *“De outra parte, a correção monetária constitui mera atualização do valor da moeda, não representando qualquer acréscimo, razão por que a sua incidência*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

não está sujeita à preclusão. No mesmo sentido o RESP nº 35.689-0/SP.”

- Argüi a inexistência de identidade de objeto entre o pedido administrativo e a ação judicial, conforme alegado pelo despacho decisório em conformidade com o ADN COSIT nº 30/96 e no art. 38 da Lei nº 6.830/80. Nesta buscou-se o afastamento das majorações superiores a 0,5% ocorridas com o Finsocial e sua respectiva compensação com os débitos vincendos com a Cofins.
- Assinala que a questão da compensação não se submete ao crivo da seara administrativa, porquanto haja a expressa permissão legal para a adoção de referido procedimento quando se tratar de valores recolhidos indevidamente, impondo-se meramente a informação à Autoridade para a adoção posterior dos procedimentos de verificação.
- Requer a reforma total do despacho decisório, para afastada a alegação de prescrição, para que a interessada possa gozar de seus créditos.

A Decisão DRJ/SPOI nº 5.392, de 29/01/04 (fls. 180/188), reiterando o entendimento contido no despacho decisório prolatou o acórdão que indeferiu a solicitação formulada pela impugnante, sob os argumentos contidos na ementa adiante transcrita:

“FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO – COMPENSAÇÃO.

O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se com decurso de prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

A compensação é incabível após a fluência do prazo quinquenal de prescrição.

Solicitação indeferida.”

Argüindo pela procedência do pleito quanto ao aspecto de inexistência de concomitância entre as esferas administrativa e judicial, posto que este trata de compensação a aquele de restituição, bem como que o contribuinte busca a homologação das compensações autorizadas pelo Judiciário e declaradas a SRF, a partir do pedido de restituição, a decisão, com fulcro nos art. 168-I do CTN, no art. 1º Dec. nº 20.910/32 e no art. 178 da Lei nº 3.071/1916 (C.C.) argüi a prescrição quinquenal contado o prazo do trânsito em julgado do acórdão judicial, para indeferir o pleito da impugnante.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

Quanto a recomposição do valor aquisitivo da moeda corroída pela inflação, defende a decisão de primeira instância que a autêntica correção monetária (somada ao valor originário do tributo) é o próprio tributo (em valor corrigido); justificando que com o próprio desgaste inflacionário, o valor originário, sozinho, não representa mais o tributo em sua integralidade; portanto, a regra da prescrição alcança ambas parcelas (igualmente alcança o valor originário e a correção monetária). Assim, a compensação efetuada pela contribuinte, ainda que advinda de diferenças ou de supostas diferenças de atualização/correção monetária, deveria observar o prazo quinquenal, sendo as compensações incabíveis após a fluência do prazo quinquenal de prescrição.

Notificada da decisão de primeira instância mediante aposição de assinatura em Aviso de Recebimento – AR, em 25/06/04 (fl. 190-v), a postulante avia o seu recurso voluntário em 15/07/04 (fls. 192/208), portanto, tempestivamente, reiterando os termos contidos na exordial, para complementando-os, argüir sucintamente:

- Rechaça a alegação de que o pleito judicial seria diverso do administrativo, porquanto o objetivo da recorrente sempre foi uníssono: buscar o seu lícito direito à compensação de valores recolhidos indevidamente no passado, tanto que a recorrente efetuou a compensação mediante autolancamento e comunicação posterior na DCTF (período de outubro de 1995 a julho de 1996), o fazendo com base em decisão judicial favorável.
- Ocorreu um erro material no que tange à aplicação dos expurgos inflacionários. Em outras palavras, a empresa usou na época a BTNF e o FAP, quando deveria ter utilizado o IPC, o INPC, a UFIR e a SELIC, tal como decidido no processo judicial, razão pela qual formalizou o pedido de restituição na esfera administrativa.
- No que se refere ao prazo para a prescrição quinquenal, a ser contado da data da extinção do crédito tributário (pagamento), melhor razão não assiste à autoridade coatora, afinal a recorrente à época em que efetuou as compensações, optou pelo procedimento do autolancamento, com posterior declaração via DCTF. Em sendo assim, na data de 15 de março de 2001, o Grupo Intersistêmico da SRF notificou a empresa a fim de que fossem exibidos os documentos que originaram a compensação havida entre outubro de 1995 a julho de 1996, sendo a

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

intimação cumprida, entretanto até a presente data o órgão não se manifestou, portanto, a prescrição encontra-se totalmente afastada em razão de não ter havido homologação da compensação efetivada.

- Em relação ao prazo quinquenal, em observância ao condito na r. sentença monocrática o MM juiz quis dizer que os créditos a serem aproveitados não poderiam ultrapassar os cinco anos anteriores à propositura da ação, de modo que, como a ação judicial foi proposta em 2//09/94, somente estariam prescritos os créditos anteriores a 29/09/89.
- No caso concreto, fica evidente a imprescritibilidade do direito da recorrente em requerer administrativamente a apropriação de valores relativos a atualização monetária que à época da compensação dos valores indevidamente recolhidos à título de Finsocial não foram aplicados de forma correta aos créditos reconhecidos pela decisão exarada na Ação Ordinária. Menciona julgado REsp. 233678/AL – 1999/0090394-3, DJ 28/02/00, p. 64, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma STJ, que sintetiza em sua ementa que *“A ação declaratória é imprescritível. A sua finalidade é definir a existência ou não de uma relação jurídica, não produz efeitos constitutivos”*. No mesmo sentido encontra-se o RE 220605/AM, STF, 2ª Turma, maioria, Rel Min. Maurício Correa, jun/2001, extraído de: Direito Tributário, Leandro Paulsen, 4ª edição, p. 786.
- Em relação à correção monetária, defende a recorrente que por se tratar de mera recomposição patrimonial, não está sujeita aos prazos condizentes a recuperação de tributos. Entendimento esse compartilhado pelo REsp. 85.049/DF excerto no voto do Min. Antônio de Pádua Ribeiro que assinala *“sendo a correção mera atualização do valor da moeda, não representando acréscimo ou pena, tem ela incidência a qualquer tempo, mesmo que a decisão tenha passado em julgado”, para afastar a alegada preclusão, incluindo, no cálculo, os índices do IPC suprimidos pelo acórdão relativos a fevereiro de 1986 (14,36%), e fevereiro de 1991 (21,87%)”*.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

- A correção monetária, por constituir mera recomposição patrimonial da moeda corroída pela inflação, não pode ser integrada ao valor originário (tributo propriamente dito), de modo que possa vir a ser prejudicada pela prescrição. Ao contrário, deve ser considerada afastada do conceito do tributo (valor originário), mesmo porque se trata de uma receita financeira, e não uma receita tributária.
- No que se refere aos juros de mora, da mesma forma faz jus a recorrente à sua aplicação sobre a recuperação dos valores indevidamente recolhidos a título de tributo declarado inconstitucional (Finsocial), de modo que tal se dará desde a data do efetivo recolhimento indevido até 31 de dezembro de 1995, sendo que, após esse período deverá incidir a taxa Selic, de acordo com o § 1º do art. 161 do CTN, havendo o STJ se manifestado sobre o tema conforme o REsp. 252982/SP, DJ 19/05/03, 2ª Turma e REsp. 438.858/SP, DJ 05/05/04, 2ª Turma.
- Reitera o efeito suspensivo do presente recurso e a possibilidade de compensação como forma de extinção do crédito até posterior homologação pelo Fisco, de acordo com os termos do art. 22 da IN/SRF nº 210/02, bem como que o art. 21 dessa IN regulamenta em perfeita harmonia com o novo teor legislativo das compensações tributárias (art. 156-II do Codex Tributário e art. 74 da Lei nº 9.430/96, c/ redação dada pelo § 2º do art. 49 da MP 66/02), ou seja, *“o sujeito passivo que apurar crédito relativo a tributo ou contribuição administrado pela SRF, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob administração da SRF”*.
- Ressalta que o § 4º do art. 21 da IN/SRF nº 210/02 garante à recorrente a possibilidade de compensação dos créditos a qualquer tempo, desde que tais direitos creditórios estejam sob análise de mérito na esfera administrativa.
- Finalmente requer a reforma do acórdão DRJ/SPOI nº 5.392/04 e o provimento do recurso voluntário para

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

que seja garantida a restituição do saldo remanescente do crédito já aproveitado via autolançamento, em razão da aplicação de índices corretos de atualização monetária no período de out/95 a jul/96, bem como homologadas as declarações de compensação anteriormente efetuadas, afastando-se qualquer alegação de suposta prescrição.

A Primeira Câmara do Terceiro Conselho manifestou a sua decisão através do Acórdão nº 301-31.762, dando provimento ao recurso voluntário interposto a fim de que seja reformada a decisão *a quo*, no que concerne à prescrição, devendo os autos ser remetido ao órgão de origem de primeira instância para o exame do pedido.

A Fazenda Nacional embarga a decisão prolatada através do acórdão supramencionado (fls. 212/222), com fulcro no art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 55/98, argüindo a existência de contradição entre o entendimento assentado de que o termo *a quo* para o pedido de restituição do Finsocial é a data de 31 de outubro de 1995, quando foi publicada a MP nº 1.110/95, e a data de protocolo do pedido de restituição pela contribuinte formulado em 11 de dezembro de 2002, se mostrando, portanto, extemporânea.

A contradição apontada pela Fazenda Nacional é que mesmo considerando o marco inicial da contagem do prazo como sendo a data da publicação da medida provisória em comento, mesmo assim, entendeu de dar provimento unânime ao recurso voluntário da contribuinte. Demais disso, pugna pela reforma do julgado, rerratificando-o.

É o relatório.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

VOTO VENCEDOR

Conselheiro José Luiz Novo Rossari, Relator Designado

No presente processo discute-se o pedido de restituição/compensação de créditos que o recorrente alega possuir perante a União, decorrentes de pagamentos efetuados a título de contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, estabelecidas em sucessivos acréscimos à alíquota originalmente prevista em lei, e cujas normas legais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, de 16/12/92. Conforme se verifica nos autos, o recorrente pleiteia a restituição desses créditos e sua compensação com débitos decorrentes de contribuições administradas pela Receita Federal do Brasil, conforme pedido anexo.

A questão objeto de lide diz respeito aos efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de lei por parte do Supremo Tribunal Federal, no que respeita a pedidos de restituição de tributos indevidamente pagos sob a vigência da lei cuja aplicação foi posteriormente afastada.

Verifica-se, a par da competência privativa do Senado Federal para "*Suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*" (art. 52, X, da CF), que a matéria foi objeto de tratamento específico no art. 77 da Lei nº 9.430/96, que, com objetivos de economia processual e de evitar custos desnecessários decorrentes de lançamentos e de ações e recursos judiciais, relativos a hipóteses cujo entendimento já tenha sido solidificado a favor do contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, dispôs, *verbis*:

"Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

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

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

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

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

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

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

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

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

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

Do exame da norma disciplinar retrotranscrita, verifico ser descabida a aplicação do § 1º do art. 1º, tendo em vista que essa norma refere-se a hipótese de decisão em ação direta de inconstitucionalidade, esta dotada de efeito *erga omnes*, o que não se coaduna com a hipótese que fundamentou o pedido contido neste processo, baseado em Recurso Extraordinário em que figuravam como partes a União (Recorrente) e Empresa Distribuidora Vivacqua de Bebidas Ltda. (Recorrida). Trata-se, portanto, na espécie, de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, cujos efeitos atingem tão-somente as partes litigantes.

Da mesma forma, não se vislumbra, na hipótese, a aplicação do § 2º do art. 1º, visto que os dispositivos declarados inconstitucionais não tiveram a sua execução suspensa pelo Senado Federal.

No entanto, é inequívoco que a hipótese prevista no § 3º do art. 1º, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, veio a ser efetivamente implementada a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95, que em seu art. 17 dispôs, *verbis*:

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

(...)

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas comerciais e mistas, com fulcro no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (meio por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990;

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas.” (destaquei)

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

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

Dúvidas não existem a esse respeito: a um, porque a norma estabeleceu, de forma expressa e clara, que a dispensa de exigência do crédito tributário não implicaria a restituição de quantias pagas; e, a dois, porque a dispensa da exigência e a decorrente extinção do crédito tributário, caracterizam a hipótese de remissão (arts. 156, IV e 172, do CTN), tratando-se de matéria distinta, de interpretação restrita e que não se confunde com a legislação pertinente à restituição de tributos. Com efeito, mesmo que com o intuito de ver reduzidas as lides na esfera judicial, essa dispensa assume as características da remissão de que trata o CTN.

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

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

¹ A referida Medida Provisória foi convertida na Lei nº 10.522, de 19/7/2002, nos seguintes termos:

“Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

"Art. 17.

(...)

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

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

Esse dispositivo também não comporta dúvidas, sendo claro no sentido de que a dispensa relativa aos créditos tributários não implicará, apenas, a restituição de ofício, vale dizer, a partir de procedimentos originários da Administração Fazendária para a restituição. Destarte, é óbvio que a norma permite, *contrario sensu*, a restituição a partir de pedidos efetuados por parte dos contribuintes.

Entendo que a alteração promovida no § 2º do art. 17 da Medida Provisória nº 1.621-35/98, no sentido de permitir a restituição da contribuição ao Finsocial, a pedido, quando já decorridos quase 3 anos da existência original desse dispositivo legal e quase 6 anos após ter sido declarada a inconstitucionalidade dos atos que majoraram a alíquota do Finsocial, possibilita a interpretação e conclusão, com suficiência, de que o Poder Executivo recepcionou como válidos para os fins pretendidos, os pedidos que vierem a ser efetuados após o prazo de 5 anos do pagamento da contribuição, previsto no art. 168, I, do CTN e aceito pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99.

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

Posto que bem alicerçado em respeitável doutrina e explicitado suas razões e conclusões com extrema felicidade, deve ser destacado que no referido Parecer não foi examinada a Medida Provisória retrotranscrita nem os seus efeitos, decorrentes de manifestação de vontade do Poder Executivo, com base no permissivo previsto no § 3º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97. Destarte, propõe-se neste voto

21 de dezembro de 1987;

(...)

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga."

re.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

interpretar a legislação a partir de ato emanado da própria Administração Pública, determinativo do prazo excepcional.

No caso de que trata este processo, entendo que o prazo decadencial de 5 anos para requerer o indébito tributário deve ser contado a partir da data em que o Poder Executivo finalmente, e de forma expressa, manifestou-se no sentido de possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação, ou seja, a partir de 12/6/98, data da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98.

Existem correntes que propugnam no sentido de que esse prazo decadencial deveria ser contado a partir da data de publicação da Medida Provisória original (MP nº 1.110/95), ou seja, de 31/8/95. Entendo que tal interpretação traduziria contrariedade à lei vigente, visto que a norma constante dessa Medida estabelecia, de forma expressa, o descabimento da restituição de quantias pagas. E diante desse descabimento não haveria por que fazer a solicitação. Somente a partir da alteração levada a efeito, em 12/6/98, é que a Administração reconheceu a restituição, acenando com a protocolização dos correspondentes processos de restituição.

E apenas para argumentar, se diversa fosse a *mens legis*, não haveria por que ser feita a alteração na redação da Medida Provisória original, por diversas vezes reeditada, pois a primeira versão, que simples e objetivamente vedava a restituição, era expressa e clara nesse sentido, sem permitir qualquer interpretação contrária. Já a segunda, ao vedar tão-só o procedimento de ofício, abriu a possibilidade de que os pedidos dos contribuintes pudessem ser formulados e atendidos. Entendo, assim, que a alteração levada a efeito não possibilita outro entendimento que não seja o de reconhecimento do legislador referente ao direito dos contribuintes à repetição do indébito.

E isso porque a legislação brasileira é clara quanto aos procedimentos de restituição admitidos, no que se refere à iniciativa do pedido, determinando que seja feito pelo contribuinte ou de ofício. Ambas as iniciativas estão previstas expressamente no art. 165 do CTN² e em outros tantos dispositivos legais da legislação tributária federal v.g. art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66³ e o Decreto nº 4.543/2002 – Regulamento Aduaneiro⁴.

De se ressaltar e trazer à colação, por relevantes, as substanciais lições de Carlos Maximiliano sobre o processo de interpretação das normas,

² Art. 165 do CTN:

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

³ Art. 28, § 1º, do Decreto-lei nº 37/66:

"A restituição de tributos independe da iniciativa do contribuinte, podendo processar-se de ofício, como estabelecer o regulamento, sempre que se apurar excesso de pagamento na conformidade deste artigo." (destaquei)

⁴ Art. 111 do Decreto nº 4.543/2002:

"A restituição do imposto pago indevidamente poderá ser feita de ofício, a requerimento, ou mediante utilização do crédito na compensação de débitos do importador..." (destaquei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

("Hermenêutica e Aplicação do Direito" - 10ª ed. 1988), que entendo aplicarem-se perfeitamente à matéria em exame, *verbis*:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

u,

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

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

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

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

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

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

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

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

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

Verifica-se que a determinação retrotranscrita é clara no sentido de que, fora dos casos indicados no parágrafo único, os mesmos indicados no Decreto nº 2.346/97, é vedada a atuação dos Conselhos de Contribuintes. No caso, vislumbra-se especificamente a ocorrência da situação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 22A, em que não se configura a vedação estabelecida no *caput*.

De outra parte, denota-se ter sido examinada tão-somente a questão do prazo para exercer o direito, no julgamento de primeira instância. Assim, em respeito ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendo descaber, neste momento, a apreciação do mérito do pedido por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido à DRJ para o referido exame.

Diante das razões expostas, voto por que seja dado provimento ao recurso, para aceitar a alegação do recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição, e para determinar o retorno do processo à DRJ de origem para apreciar o mérito do pedido e os demais aspectos concernentes ao processo de restituição/compensação.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005


JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI – Relator Designado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

VOTO VENCIDO

Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo, Relator

A Fazenda Nacional pugna pelos efeitos infringentes ao embargo interposto sob a égide da contradição, invocando o art. 27 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, *verbis*:

“Art. 27 - Cabem embargos de declaração quando existir no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se a Câmara.”

Na verdade constatou-se na decisão prolatada através do Acórdão nº 301-31.762 a ocorrência de dois lapsos manifestos, decorrentes de falhas constatadas por ocasião da digitação do voto condutor do julgamento ora embargado e com previsão inserta no art. 28 do mesmo Regimento Interno invocado pelo d. Procurador.

A primeira delas encontra-se na data de publicação da MP nº 1.110/95, constante da ementa do julgado e registrada como sendo 31/10/95, quando a data correta é 31/08/95. A segunda é quanto à existência de prescrição do direito de realização do pedido de restituição pelo contribuinte, quando considerado o marco inicial para a contagem do prazo prescricional em 31/08/95, posto que o direito de ação da requerente findar-se-ia em 31/08/2000.

Como visto, uma das falhas apontadas denota a existência de contradição entre os fundamentos e a decisão prolatada, consoante indicado pelo i. Procurador e tem o condão influenciar no resultado do julgado. Desde já, por merecimento, acolho o embargo interposto.

A solução para a matéria embargada encontra-se no próprio artigo 28, que aponta para uma nova apreciação do tema ora tratado por esta Corte, para o fim de adequação do julgado.

Ante o exposto, vota este Julgador pela retificação do presente Acórdão para considerar que o termo *a quo* para o pedido de restituição do Finsocial é a data de 31 de agosto de 1995, quando foi publicada a Medida Provisória nº 1.110/95 e, conclusivamente, somando-se 5 (cinco) anos, temos que o pedido restitutório da contribuinte mostrou-se extemporâneo, uma vez que somente foi formulado em 11 de dezembro de 2002.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 301-31.762

Processo Nº : 13804.008966/2002-51

Recurso Nº : 131.284

Assim posto, acolhem-se os embargos da Procuradoria da Fazenda Nacional, para retificar o acórdão embargado nº 301-31.762, negando provimento ao recurso voluntário interposto.

É assim que voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2005



OTACÍLIO DANTAS CARTAXO - Conselheiro