



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 13819.003039/00-80
SESSÃO DE : 08 de julho de 2004
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336
RECURSO Nº : 125.770
RECORRENTE : ELEVADORES OTIS
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP

EMENTA: FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. 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 (cinco) anos contados de 12/06/98, 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-Campinas/SP para exame do restante do mérito.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, devolvendo o processo à DRJ para julgamento do mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 08 de julho de 2004

OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente

ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ROBERTA MARIA RIBEIRO ARAGÃO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, JOSÉ LENCE CARLUCI, JOSÉ LUIZ NOVO ROSSARI, LUIZ ROBERTO DOMINGO e VALMAR FONSECA DE MENEZES.

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336
RECORRENTE : ELEVADORES OTIS
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : ATALINA RODRIGUES ALVES

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação de valores recolhidos a título de contribuições para o Finsocial com alíquota superior a 0,5%, no período de janeiro de 1990 a julho de 1991.

O pleito, protocolizado em 26/12/2000 (fls. 01/02), foi indeferido pela DRF/São Bernardo do Campo -SP, nos termos do Despacho Decisório de fls. 94/95, com base nos arts. 165, inciso I e 168, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 e no Ato Declaratório nº 96, de 26 de novembro de 1999, sob o fundamento de que já havia transcorrido o prazo de (cinco anos) contados desde a data da extinção do crédito tributário até a protocolização do pedido.

Inconformada com o indeferimento do seu pleito, a contribuinte interpôs, tempestivamente, manifestação de inconformidade (fls. 98/106), na qual alega, em síntese, que:

- sendo a sua atividade a indústria e o comércio, recolheu o FINSOCIAL, desde a sua instituição até agosto de 1991, com as alíquotas previstas na legislação de regência;
- em 16/02/1993, os aumentos da alíquota do FINSOCIAL de 0,5% até 2%, instituídos pelas Leis nºs 7.789/89, 7.894/89 e 8.147/90 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de controle difuso (*inter partes*);
- antes do referido julgamento, a contribuinte, em 03/09/1991, ajuizou Medida Cautelar e passou a depositar em juízo os valores devidos a título de FINSOCIAL;
- em 29/10/1991, ajuizou a correspondente ação ordinária questionando a constitucionalidade do FINSOCIAL, na qual, entre outros pedidos, requereu que fosse declarada “a inexistência de relação jurídico-tributária com a ré que obrigue a Autora a recolher o FINSOCIAL a partir de abril de 1989”;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

- referida ação transitou em julgado em 28 de junho de 1999 e a Autora requereu e lhe foi deferido o levantamento dos depósitos efetuados no valor excedente a 0,5%;
- a Procuradoria da União concordou com o levantamento de 75% dos valores depositados;
- no presente processo pleiteia a restituição dos valores recolhidos a maior via DARF, o que lhe foi negado sob o fundamento de que já havia decorrido o prazo decadencial;
- nos termos do Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, o prazo de decadência para pedido de restituição, no caso de contribuinte com litígio judicial contra a União Federal, inicia-se após o trânsito em julgado da decisão judicial. No seu caso, o trânsito em julgado da decisão judicial que apreciou seu pedido ocorreu em 28/06/1999, data do início do prazo para pleitear a restituição do FINSOCIAL indevido.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de restituição/compensação dos valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL.

Em 29/11/2001, a contribuinte apresentou nova petição, intitulada “Memoriais” (fls. 513/515) na qual reitera os argumentos aduzidos na impugnação e acrescenta novos argumentos respaldados no Acórdão nº RP/1-4-0304 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, segundo o qual, o prazo para o pedido de restituição só pode ter início da decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia *erga omnes* (ADIN); pela edição de Resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional no controle difuso (declaração incidental); ou do ato administrativo que reconheça a impertinência da exação tributária anteriormente exigida. Acrescenta que foi autuada pela Receita Federal em 20/09/2001, relativamente ao FINSOCIAL apurado no período de agosto de 1991 a março de 1992, o que demonstra não ter ocorrido a aventada decadência.

A 5ª Turma da DRJ/Campinas-SP ao apreciar a impugnação manteve o indeferimento do pleito, nos termos do Acórdão DRJ/CPS nº 309, de 20/12/2001, proferido às fls. 516/523, cujo fundamento base encontra-se consubstanciado em sua ementa, *verbis*:

“Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. VIA JUDICIAL.

A decisão judicial que não reconhece direito à repetição de indébito, além de vincular a administração, não influencia na contagem do prazo de decadência do pedido na esfera administrativa, pelo que o

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

pedido de restituição do FINSOCIAL, datado de 26/12/2000, foi apresentado a destempo, seja por aplicação do AD SRF 96/99 ou do Parecer Cosit 58/98.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”

Em seu Voto, o relator do Acórdão recorrido ressalta que “a decisão judicial com trânsito em julgado na Ação Ordinária cumulada com Repetição de Indébito, processo nº 91.013.5077-3, trazida à baila quando da impugnação (fls. 247/277), põe derradeira pá de cal na pretensão da contribuinte, haja vista que aquela decisão vincula a autoridade administrativa no sentido da impossibilidade de restituição de qualquer valor a título de FINSOCIAL, pois julgou constitucional a referida exação.

Cientificada do Acórdão que lhe indeferiu o pleito (fl. 516), a interessada apresentou recurso tempestivo (fls. 534/562) no qual reitera os argumentos expendidos na impugnação em relação à decadência, alegando, ainda, em breve síntese, que:

- a autoridade Julgadora de 1º instância errou ao afirmar que a recorrente pleiteou a inconstitucionalidade do Finsocial e da majoração das alíquotas. Argumenta que pleiteou judicialmente a inexistência de relação jurídica de uma forma genérica para abranger não só a questão constitucional com também a questão de diferencial de alíquotas do FINSOCIAL; todavia o Tribunal entendeu que o julgamento da constitucionalidade do Finsocial não abrangia o diferencial de alíquotas, não havendo julgamento de mérito sobre esta matéria,
- assim, a Ação Judicial transitou em julgado sem qualquer pronunciamento sobre a majoração de alíquotas, o que está absolutamente claro nos autos,
- até o trânsito em julgado da Ação Judicial, a recorrente não poderia pleitear a restituição dos valores recolhidos a maior a título de Finsocial, uma vez que discutia em juízo a sua constitucionalidade como um todo,
- o pedido de restituição em questão não está vinculado ao processo judicial, pois os valores referentes à majoração de alíquotas não tiveram seu mérito analisado pelo Tribunal, que entendeu que o seu pedido deveria ter sido específico sobre as

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

alíquotas, não bastando um pedido genérico de inexistência de
relação jurídica por inconstitucionalidade.

É o relatório.

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

VOTO

O presente recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, razão por que dele tomo conhecimento.

No presente processo discute-se o pedido de restituição e compensação de créditos que o recorrente alega possuir perante a União, decorrentes de pagamentos efetuados no período de janeiro de 1990 a julho de 1991 a título de contribuição para o FINSOCIAL com alíquotas superiores a 0,5%. Conforme se verifica nos autos, o recorrente pleiteia a restituição desses créditos e sua compensação com outros débitos junto a SRF (fl. 02).

O pleito da recorrente foi indeferido pelo Acórdão recorrido sob o fundamento de que já havia transcorrido o prazo para pleitear a restituição do indébito, tendo em vista que a decisão judicial transitada em julgado não lhe reconheceu direito à repetição de indébito de FINSOCIAL.

Em seu Voto, o relator do Acórdão recorrido ressaltou que *“consoante se verifica pela Petição Inicial na Ação Judicial e Recursos interpostos, a contribuinte pretendia ver reconhecida a inconstitucionalidade da exigência do Finsocial e da majoração de sua alíquota, com a correspondente restituição dos valores recolhidos a partir de abril de 1989.(...) Porém, nada obstante a decisão em Primeira Instância ter-lhe sido favorável (fl. 361), o fato é que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgou constitucional a exigência do Finsocial e indeferiu a restituição, conforme Acórdão de fls. 401/402.(...)”*

Concluiu o ilustre relator que *“não tem sentido a alegação da impugnante, de que o prazo de decadência iniciar-se-ia com o trânsito em julgado daquela ação judicial, pois referida ação, além de lhe ter sido desfavorável ainda vincula a atividade administrativa, por ser a atividade judicial soberana.”*

A recorrente refuta os fundamentos do Acórdão recorrido argumentando que o pedido de restituição em questão não está vinculado ao processo judicial, pois os valores referentes à majoração de alíquotas não tiveram seu mérito analisado pelo Tribunal, que entendeu que o seu pedido deveria ter sido específico sobre as alíquotas, não bastando um pedido genérico de inexistência de relação jurídica por inconstitucionalidade.

À vista da controvérsia apontada, cumpre-nos, de plano, examinar se o pedido de restituição de valores recolhidos a título de FINSOCIAL com alíquotas

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

superiores a 0,5% foi objeto de apreciação na via judicial, o que impediria a reapreciação da matéria na esfera administrativa.

Consta dos Autos que a contribuinte, objetivando questionar judicialmente a constitucionalidade do FINSOCIAL, em 03/09/1991, ajuizou Medida Cautelar Preparatória de Depósito (fls. 124/133), que foi deferida mediante o depósito em juízo dos valores devidos a título de FINSOCIAL (fl. 153).

Em 29/10/1991, ajuizou a correspondente Ação Ordinária questionando a constitucionalidade do FINSOCIAL e solicitando a restituição dos valores recolhidos no período de abril de 1989 a março de 1991, conforme consta do item 53 da Petição Inicial, às fls. 275/276, *in verbis*:

“53. Diante disso, é a presente para requerer a V. Exa. o reconhecimento da procedência total da presente ação para o fim de que:

- a) *seja declarada a inexistência de relação jurídico-tributária com a ré que obrigue a Autora a recolher o FINSOCIAL a partir de abril de 1989”;*
- b) *seja condenada a Ré, União Federal, a restituir à Autora as parcelas indevidamente recolhidas a título de Finsocial nos meses de abril de 1989 a março de 1991, no montante de Cr\$ 463.196.629,71 (valor histórico), bem como correção monetária (Súmula 46 do ex-TRF) e demais consectários legais;*
- c) *seja ademais declarada a inexistência de obrigação da Autora incluir o ICM/ICMS na base de cálculo do Finsocial nos meses de setembro de 1987 a fevereiro de 1989, bem como nos meses seguintes, caso os pedidos acima não sejam acolhidos, o que se admite para fins de mera argumentação;*
- d) *e, por via de consequência, seja condenada a União Federal a restituir à Autora os valores recolhidos em decorrência da indevida inclusão do ICM na base de cálculo do Finsocial, a partir de setembro de 1987, no montante de Cr\$ 28.272.344,43 (valor histórico), bem como correção monetária (Súmula 46 do ex-TRF) e demais consectários legais;*
- e) *seja condenada a União Federal no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios a que deu causa, na proporção que V. Exa. houver por bem arbitrar.”*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

Em 20/08/1992, foi proferida sentença considerando inconstitucional o FINSOCIAL, conforme consta do item 3 da decisão proferida na Ação Ordinária nº 91.0135077-3, à fl. 361, *in verbis*:

“3. Por estas razões, na presente ação, julgo o pedido PROCEDENTE, para DECLARAR a inconstitucionalidade da parte da legislação relativa ao FINSOCIAL, editada após a CF/88, quanto ao fato gerador, base de cálculo e contribuinte, conforme fundamentado acima e, conseqüentemente, a inexigibilidade deste recolhimento pela Parte Autora e,

CONDENAR a Parte Ré a devolver os valores recolhidos a título de FINSOCIAL, desde o ingresso desta ação, corrigidos monetariamente.”

Da decisão proferida em 1ª instância foram interpostos Recurso Adesivo pela Autora e Apelação pela Ré, conforme cópias de recursos e contra razões de fls. 370/391. No Recurso Adesivo (fl. 370/381) a contribuinte, na qualidade de Autora, requer:

1) a devolução das parcelas recolhidas a título de FINSOCIAL no período de abril de 1989 a março de 1991;

2) o julgamento da inconstitucionalidade da inclusão do ICM/ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL; e

3) que a União Federal seja condenada a restituir os valores recolhidos em decorrência dessa inclusão indevida.

Em 07/02/1996, na apreciação dos recursos interpostos pela contribuinte e pela União Federal, a Primeira Turma do TRF/2ª Região proferiu o Acórdão de fls. 401/402 dando provimento parcial ao Recurso da União e provimento ao Recurso Adesivo. Consta de sua ementa, *verbis*:

“EMENTA. TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. INCLUSÃO DO ICM/ICMS NA BASE DE CÁLCULO

O FINSOCIAL e a contribuição de seguridade social são tributos distintos: o primeiro, é assistencial, e o segundo, previdenciário. O art. 56 do ADCT não extinguiu o tributo de que trata o Decreto-lei nº 1940/82 nem a contribuição de seguridade social o substituiu (art. 9º da Lei nº 7.689/88). O mencionado Decreto-lei nº 1940/82 é constitucional, ressalvada, apenas, a sua cobrança no exercício seguinte a sua instituição.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

Devem ser excluídas da base de cálculo do tributo, todas as parcelas que não constituam receita bruta ou faturamento do industrial, tais como ICM/ICMS ou o IPI.

Recurso da União Federal e remessa necessária providos, em parte, para excluir da cobrança os tributos incidentes no ano de 1982 e recurso adesivo do autor provido."

Ao Acórdão proferido a contribuinte opôs Embargos de Declaração (fls. 408/411), alegando omissão quanto (I) a devolução dos valores indevidamente recolhidos em decorrência da indevida inclusão do ICM na base de cálculo do FINSOCIAL a partir de setembro de 1987, a ser efetuado pela União Federal ; (II) aos aumentos de alíquota do FINSOCIAL, que de 0,5% passou para 1,0%, 1,2%, e, finalmente, para 2%, estabelecidos pelos art 7º da Lei nº 7.787/89, art 1º da Lei nº 7.894/89, e art 1º da Lei nº 8.147/90, respectivamente, já julgados inconstitucionais; (III) a devolução à ora Embargante do montante do FINSOCIAL indevidamente recolhido, no que excedeu a alíquota de 0,5%.

Ao apreciar os embargos, a Primeira Turma do TRF da Segunda Região proferiu novo acórdão (fl. 427) dando provimento parcial aos embargos, nos termos do relatório e voto proferido pelo relator. Consta de sua ementa, *verbis*:

- *Não se verifica no venerando acórdão embargado as omissões apontadas, exceto a arguição de que o aresto deixara de enfrentar a questão da exclusão do ICM/ICMS da base de cálculo do FINSOCIAL, merecendo ser essa omissão sanada.*
- *Nos exatos termos do art. 459, parágrafo único do CPC, quando o autor tiver formulado pedido certo é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.*
- *Devendo a sentença decidir quanto à quantia a ser restituída e não havendo nos autos prova do acerto do montante indicado, há de ser rejeitada a pretensão*
- *Embargos conhecidos e providos em parte para, suprimindo ponto omissso no acórdão embargado, declarar negado o pedido de restituição dos valores recolhidos em decorrência da indevida inclusão do ICM na base de cálculo do FINSOCIAL, por não ter a autora produzido prova dessa alegação."*

Ressalte-se que o relator proferiu seu Voto (fls. 423/424), nos seguintes termos:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

“Como visto no relatório, trata-se de embargos de declaração interpostos por Elevadores Otis Ltda., do venerando acórdão de fls. 150, ao qual é imputado omissão por não ter se pronunciado sobre:

- a) devolução dos valores indevidamente recolhidos em decorrência da indevida inclusão do ICM na base de cálculo do FINSOCIAL a partir de setembro de 1987, a ser efetuado pela União Federal;*
- b) dos aumentos de alíquota do FINSOCIAL;*
- c) devolução à ora Embargante do montante do FINSOCIAL indevidamente recolhido, no que excedeu a alíquota de 0,5.*

No entanto, os pedidos formulados pela autora, ora embargante, em sua inicial são os seguintes:

- a) declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com a ré que obrigue a Autora a recolher o FINSOCIAL a partir de abril de 1989”;*
- b) condenação da ré a restituir as parcelas relativas aos meses de abril de 1989 a março de 1991;*
- c) declaração da inexistência de obrigação de incluir o ICM/ICMS na base de cálculo do Finsocial a partir de setembro de 1987;*
- d) condenação a restituir os valores recolhidos em decorrência da inclusão do ICM na base de cálculo do FINSOCIAL;*
- e) verbas derivadas da sucumbência.*

Como se verifica, as alegadas omissões, indicadas nos itens “b” “c” acima simplesmente não existem, por não terem sido objeto da inicial. (negritou-se)

(...)

Por esses motivos, conheço dos presentes embargos e lhes dou parcial provimento para, suprimindo o ponto omissivo no acórdão embargado, declarar negado o pedido de restituição dos valores recolhidos em decorrência da indevida inclusão do ICM na base de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

cálculo do FINSOCIAL, por não ter a autora produzido prova dessa alegação.

É como voto."

Inconformada com o Acórdão proferido, a contribuinte interpôs, ainda, Recursos Especial e Extraordinário, os quais não foram admitidos, conforme cópias das decisões proferidas às fls. 474 e 475.

Frise-se que no Recurso Extraordinário a recorrente pede a reforma do acórdão recorrido, *"de modo a acatar o pedido implícito de afastar a exigência de recolhimento do Finsocial com alíquotas majoradas"*, conforme consta à fl. 465. A presidente do TRF/2ª Região ao apreciar a admissibilidade do Recurso Extraordinário proferiu a decisão, cuja cópia encontra-se à fl. 475, nos seguintes termos:

"Trata-se de Recurso Extraordinário impugnando acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos apontados na petição recursal.

No que se refere ao Finsocial envolvendo empresas comerciais e equiparadas, o STF no julgamento do RE 150.764-1, rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, interpretando o art. 56 do ADCT entendeu inconstitucionais os arts. 9º da Lei 7.689/88, 7º da Lei 7.787/89, 1º da lei 7.894/89 e 1º da Lei 8.147/90, a inviabilizar os aumentos das alíquotas.

Isto posto, INADMITO o Recurso Extraordinário."

Da análise das cópias das peças processuais trazidas aos autos, cujas partes retro transcrevemos, verifica-se que, de fato assiste razão à recorrente ao alegar que o pedido de restituição em questão não está vinculado ao processo judicial, pois os valores referentes à majoração de alíquotas não tiveram seu mérito analisado pelo Tribunal.

Evidencia-se nos autos que a recorrente, na esfera judicial, questionou a constitucionalidade do FINSOCIAL e pediu a restituição dos valores recolhidos a este título no período de abril de 1989 a março de 1991, bem como dos valores recolhidos em decorrência da inclusão do ICM na sua base de cálculo.

Em sua petição inicial não lhe ocorreu pedir, na eventualidade de ser declarada constitucional a exigência da contribuição, que fosse declarada a inconstitucionalidade quanto à majoração das alíquotas previstas nos arts. 9º da Lei 7.689/88, 7º da Lei 7.787/89, 1º da Lei 7.894/89 e 1º da Lei 8.147/90. Apenas depois de ver frustrada a sua pretensão de eximir-se da obrigação de recolher o FINSOCIAL

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

por inconstitucionalidade, nos termos do Acórdão proferido pela Primeira Turma do TRF/2ª Região (fls. 401/402), é que lhe ocorreu pedir, via embargos de declaração, a devolução do montante do FINSOCIAL recolhido, no que excedeu a alíquota de 0,5%.

Ressalte-se que o entendimento exarado no voto do relator do Acórdão embargado por omissão pela recorrente não deixa margem a dúvidas no sentido de que os aumentos sucessivos da alíquota do FINSOCIAL de 0,5% até 2,0% e a devolução do montante do FINSOCIAL recolhido com alíquota superior a 0,5% não foram objetos da petição inicial.

Ressalte-se, ainda, que não obstante não ter sido objeto da petição inicial o questionamento acerca da inconstitucionalidade das majorações das alíquotas do FINSOCIAL e não logrando a contribuinte êxito ao tentar discutir a matéria no bojo dos embargos declaratórios, tentou novamente que o Tribunal se declarasse sobre a matéria nos Recursos Especial e Extraordinário por ela interpostos contra o Acórdão que considerou constitucional a legislação de regência do FINSOCIAL posterior à CF/88. Conforme já visto neste voto, referidos recursos não foram admitidos.

Por outro lado, o fato de ter sido declarada, em ação ajuizada pelo contribuinte, constitucional a legislação pós CF/88 relativa ao FINSOCIAL, não impede o contribuinte de pleitear, seja na via judicial ou na via administrativa, a repetição de indébito relativo à majoração da sua alíquota, uma vez que o próprio STF, embora considerando constitucional a legislação de regência do FINSOCIAL, declarou inconstitucionais os artigos que instituíram os aumentos sucessivos de sua alíquota de 0,5% até 2%.

No presente caso, tendo em vista que o STF declarou a inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL no julgamento do RE 150.764-1, a contribuinte pleiteou na esfera administrativa a restituição dos valores recolhidos com alíquota superior a 0,5%. Tendo a interessada protocolizado seu pedido de restituição/compensação em 26/12/2000, cabe-nos, à vista da decisão recorrida, verificar se seu pedido foi efetuado dentro do prazo.

Tendo em vista que 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, por extrema similitude, adoto o voto do Eminentíssimo Conselheiro José Luiz Novo Rossari, o qual transcrevo:

“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), a matéria foi objeto de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

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, *in verbis*:

"Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as 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, determinando 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 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.

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

§ 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.”(destacou-se)

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.

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.

Em consonância com o disposto no art. 1º, § 3º da norma disciplinar retrotranscrita, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, esta 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:
(...)”***

***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;
(destacou-se)
(...)”***

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

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

da contribuição em valor superior à alíquota de 0,5% exigida das empresas comerciais e mistas.

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, que de forma expressa, restringiu tal benefício.

Portanto, a norma estabeleceu, de forma expressa e clara, que a dispensa de exigência do crédito tributário não implicaria a restituição de quantias pagas, uma vez que a dispensa da exigência e a decorrente extinção do crédito tributário, caracterizam a hipótese de remissão (arts. 156, inciso IV e 172, do CTN), matéria distinta, de interpretação restrita e que não se confunde com a legislação pertinente à restituição de tributos.

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, *in verbis*:

"Art. 17.
(...)"

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

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 21 de dezembro de 1987;

(...)"

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

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

A alteração prevista na norma retrotranscrita demonstrou posicionamento diverso ao 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 apenas não implicará a restituição de ofício, vale dizer, a partir de procedimentos originários da Administração Fazendária para a restituição. Destarte, é óbvio que a norma permite, contrário senso, a restituição a partir de pedidos efetuados por parte dos contribuintes.

Assim, 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, inciso 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 (cinco) 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 nº 1.621-36, de 10/06/98, 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 interpretar a legislação a partir de ato emanado da própria Administração Pública, determinativo do prazo excepcional.

Assim, no caso de que trata o presente processo, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para requerer o indébito tributário deveria 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 12/06/98, data da publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 125.770
ACÓRDÃO Nº : 301-31.336

De outra parte, denota-se ter sido examinada tão-somente a questão da decadência, no julgamento de Primeira Instância. Assim, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendemos descaber a apreciação do restante do mérito por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido à DRJ para o referido exame.”

Diante de tão bem fundamentadas razões, voto no sentido de que seja dado provimento ao recurso, para aceitar a alegação da 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 restante do mérito concernente aos demais aspectos do pedido de restituição/compensação da contribuição ao Finsocial.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2004


ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora