MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO Nº	:	13839.002020/2001-01
SESSÃO DE	:	11 de novembro de 2004
ACÓRDÃO Nº	:	302-36.533
RECURSO Nº	:	128.054
RECORRENTE	:	NELSON PORCARI & CIA. LTDA.
RECORRIDA	:	DRJ/CAMPINAS/SP

FINSOCIAL – MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA – LEIS Nºs 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90 – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR – PRAZO – DECADÊNCIA – *DIES A QUO* e *DIES AD QUEM.*
O *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial do direito de pedir restituição de valores pagos a maior é a data em que o contribuinte viu seu direito reconhecido pela administração tributária, no caso a da publicação da MP nº 1.110/95, que se deu em 31/08/1995. Tal prazo, de cinco (05) anos, estendeu-se até 31/08/2000 (*dies ad quem*).
Como a decadência atingiu os pedidos formulados a partir do dia 01/09/2000, inclusive, fácil é de se constatar que o pleito da Recorrente, no presente caso, foi atingido pela Decadência, uma vez que formalizado apenas em 23/10/2001.
NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Luis Antonio Flora, Maria Helena Cotta Cardozo votaram pela conclusão. Vencida a Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim (Suplente) que dava provimento.

Brasília-DF, em 11 de novembro de 2004

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES
Presidente em exercício Relator

20 DEZ 2004

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR, WALBER JOSÉ DA SILVA e SIMONE CRISTINA BISSOTO. Ausente o Conselheiro HENRIQUE PRADO MEGDA. Esteve presente o Procurador ALEXEY FABIANI VIEIRA MAIA.

tmc

RECURSO Nº : 128.054
ACÓRDÃO Nº : 302-36.533
RECORRENTE : NELSON PORCARI & CIA. LTDA.
RECORRIDA : DRJ/CAMPINAS/SP
RELATOR(A) : PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES

RELATÓRIO

Versa o presente litígio sobre PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO formulado pela empresa acima indicada, cujos fatos seguem resumidamente relatados:

1. DATA DO PEDIDO	23/10/2001 – PROTOCOLOS PETIÇÕES FLS. 01/02
2. MOTIVO	PAGAMENTO INDEVIDO DO FINSOCIAL, COM ALÍQUOTA SUPERIOR A 0,5%, - INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORAÇÕES.. - RE Nº 150.764-1 – STF – 02/04/93 IN SRF 21/97, ART. 14 e IN 32, art. 2º PERÍODO DE APURAÇÃO: 09/1989 A 03/1992
3. DECISÃO DA DRF EM JUNDIAÍ – SP	DESPACHO DECISÓRIO DE 12/04/2002 (FLS. 34/36) **"FINSOCIAL – RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO** 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: **PEDIDO INDEFERIDO**
4. CIÊNCIA DA DECISÃO	18/04/2002 - AR FLS. 38
5. RECURSO À DRJ	17/05/2002 – FLS. 39 E SEGTS. – TEMPESTIVO.
6. RAZÕES DE RECURSO	SÍNTESE: - O STF desconstituiu a normatização do art 9º, da Lei 9.689/88, Lei 7.787/89, Lei 7.894/89 e Lei 8.147/90, em que a empresa se baseou para o recolhimento do FINSOCIAL, tendo, com tal procedimento tomado alíquota superior a 0,5%, no período de 09/1989 a 03/1992, indevidamente.

	- Frente à demora e burocracia com que o governo costuma empenhar a esses processos de restituição, tomo a iniciativa de compensar em parte o seu crédito de FINSOCIAL com débitos da COFINS, relativos aos períodos de apuração compreendidos nos meses de 03/97 a 12/97. - Foi surpreendida, em 18/04/2002, com o despacho que indeferiu seu pedido de restituição, com fundamento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal não teria efeito *erga omnes* e que o direito do contribuinte de pleitear a restituição estaria decaído, por força do AD. 96/99. - A Cofins e o Finsocial são contribuições da mesma espécie, sendo uma substitutiva da outra, podendo, assim, serem compensadas diretamente, independentemente da formalização de processo administrativo, sendo essa a posição do S.T.J, conforme julgamento do RE nº 01374143/97, cuja Ementa transcreve. - O direito à restituição/compensação do FINSOCIAL recolhido indevidamente, bem como o início da contagem do prazo para restituir/compensar, se deu com a publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, que no inciso III, do art. 17, dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como dívida ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução, relativos ao FINSOCIAL, exigida das empresas comerciais e mistas, na alíquota superior a meio por cento. - Sobre tal posicionamento, reporta-se ao Acórdão nº 108-05.791, do 1º C.Contribuintes, DOU de 27/10/99. - Como se pode perceber, a compensação foi efetivada pela recorrente dentro do prazo legal, ou seja, dentro dos cinco anos contados da data da publicação da M.P. 1.110, de 30/08/95. - Reporta-se, também, ao Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, que transcreve; - O entendimento está em consonância com a jurisprudência do Conselho de Contribuintes, como se verifica do Acórdão 108-05.791. - Reforça que a utilização dos créditos provenientes do recolhimento indevido do FINSOCIAL ocorreu mediante compensação com débito da COFINS, relativa aos

	períodos de apuração desta no ano-calendário de 1997 (conforme DIRPJ), regularmente dentro do período qüinqüenal contado da data da publicação da MP 1.110/95.
7. DECISÃO DRJ CAMPINAS – SP	ACÓRDÃO DRJ/CPS Nº 3.690, de 27/03/2003. (fls. 51/59)
8. FUNDAMENTOS	EMENTA: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Data do fato gerador: 01/09/1989 a 31/03/1992 Ementa: COMPENSAÇÃO FINSOCIAL x COFINS. CONVALIDAÇÃO. A Instrução Normativa SRF nº 32, de 09/04/1997, convalidou a compensação de valores pagos a maior a título de Finsocial com valores devidos da Cofins, não havendo previsão para valores futuros. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, em virtude de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário. Solicitação Deferida em Parte. OBS: Foi reconhecida a compensação efetivada relativa ao período de apuração 03/97, dando-se a convalidação nos termos do art. 2º, da IN SRF nº 32, de 09/04/1997.
9. CIÊNCIA DA DECISÃO/AC.	28/04/2003 AR. FLS. 61.
10. RECURSO VOLUNTÁRIO	23/05/2003 – FLS. 62 E SGTS. – TEMPESTIVO.
11. ARGUMENTOS	SÍNTESE: - BASE NOS MESMOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO À DRJ. - Ressalta que a compensação da COFINS com o FINSOCIAL ocorreu, efetivamente, nos meses de 03/97 a 12/97, e que o pedido de restituição, seguido do de

	compensação, somente foi protocolizado na data de 23 de outubro de 2001, em virtude de a recorrente ter que se adequar aos controles internos da Receita Federal, conformando assim os dados do contribuinte com os dados do seu conta corrente na Receita Federal, possibilitando a expedição de Certidão Negativa de Débito. - Diz que tal iniciativa foi necessária pelo fato de no ano-calendário de 1997 a recorrente estar desobrigada de apresentar a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF). - O prazo para pleitear a restituição ou a compensação é de 05 anos, contados da edição da MP nº 1.110,d e 30/08/1995.

Acrescente-se que a Recorrente apresentou Relação de Bens e Direitos para arrolamento, o que era desnecessário no presente caso, para fins de seguimento do Recurso apresentado.

Subiram então os autos a este Conselho e foram distribuídos por sorteio a este Relator, em sessão realizada no dia 12/08/2003, conforme noticia o documento de fls. 80, último do processo.

É o relatório.

RECURSO Nº : 128.054
ACÓRDÃO Nº : 302-36.533

VOTO

O Recurso é tempestivo, reunindo condições de admissibilidade.

É de domínio público que o E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do R.E. 150.764-PE, em data de 16/12/1992, com Acórdão publicado em 02/04/1993, declarou a inconstitucionalidade da majoração de alíquota do FINSOCIAL, realizada a partir da Lei nº 7.787/89, estabilizando-se a referida alíquota em 0,5%.

Limita-se a lide trazida a exame e decisão deste Colegiado à ocorrência ou não da perda (decadência) do direito da Recorrente de pleitear a restituição e a compensação de valores pagos a maior, em decorrência das majorações da referida alíquota do Finsocial, declaradas inconstitucionais.

A matéria já foi exaustivamente analisada no âmbito do E. Segundo Conselho de Contribuintes e, também agora, pelas Câmaras deste Terceiro Conselho, em função da mudança de competência para sua apreciação, havendo marcante controvérsia de entendimentos sobre o tema.

De tudo quanto já se escreveu a respeito, no âmbito desses Colegiados, existindo inúmeras teses sustentadas e até exaustivamente defendidas, de parte a parte, sem querer entrar na discussão sobre os diversos entendimentos já colhidos, parece-me mais ajustada à legalidade a corrente que se posiciona no sentido de que o início da contagem do prazo decadencial (05 anos), no caso dos recolhimentos da Contribuição para o Finsocial que aqui se discute, tenha início, efetivamente, a partir da data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, em 31 de agosto de 1995.

Assim sendo, é entendimento deste Relator que o prazo para a formalização do pedido de restituição de quantia paga a maior, em razão da indevida majoração da alíquota do Finsocial antes indicada, estendeu-se até o dia 31 de agosto de 2000, inclusive. A perda do direito do contribuinte de requerer a restituição devida só se consuma, de fato, a partir de 1º de setembro de 2000, inclusive.

Esse entendimento vai, com certeza, ao encontro da tese sustentada pela Recorrente, no litígio que aqui se decide.

Perfeitamente aplicável ao caso o pronunciamento externado pela Insigne Conselheira Dra. Simone Cristina Bissoto, integrante desta Segunda Câmara, encontrado em alguns dos mais recentes julgados deste Colegiado que, com a devida *vênia,* passo a adotar para os casos da espécie, conforme transcrições que se seguem:

RECURSO Nº : 128.054
ACÓRDÃO Nº : 302-36.533

"DECLARAÇÃO DE VOTO.

Cinge-se o presente recurso ao pedido do contribuinte de que seja acolhido o pedido originário de restituição/compensação de crédito que alega deter junto a Fazenda Pública, em razão de ter efetuado recolhimento 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.

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 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 § 4° 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.

Nesse passo, vale destacar alguns excertos da doutrina dos Mestres acima citados:

"Devemos, no entanto, deixar consignada nossa opinião favorável à contagem de prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade, a partir da data dessa declaração. A declaração de inconstitucionalidade é, na verdade, um fato inovador na ordem jurídica, suprimindo desta, por invalidade, uma norma que até então nela vigorava com força de lei. Precisamente porque gozava de presunção de validade constitucional e tinha, portanto, força de lei, os pagamentos efetuados à sombra de sua vigência foram pagamentos "devidos". O caráter "indevido" dos pagamentos efetuados só foi revelado a posteriori, com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de

então puderam os cidadãos ter reconhecimento do fato novo que revelou seu direito à restituição. ***A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado-de-Direito, como conseqüência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988. Não poderia este prazo ter sido considerado à época da publicação do Código Tributário Nacional, quando tal ação, com eficácia erga omnes, não existia.*** *A legitimidade do novo prazo não pode ser posta em causa, pois a sua fonte não é a interpretação extensiva ou analógica de norma infra constitucional, mas a própria Constituição, posto tratar de conseqüência lógica e da própria figura da ação direta de inconstitucionalidade." (g.n.)*

(Alberto Xavier, in "Do Lançamento – Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário", Ed. Forense, 2ª Edição, 1997, p. 96/97)

"Verifica-se que o prazo de cinco anos, previsto pelo transcrito artigo 168 do CTN, disciplina apenas as hipóteses de pagamento indevido referidas pelo artigo 165 do próprio Código.

Aos casos de restituição de indébito resultante de exação inconstitucional, portanto, não se aplicam as disposições do CTN, razão porque a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais recente têm-se inclinado no sentido de reconhecer o prazo de decadência – para essas hipóteses – como sendo de cinco anos, contados da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, da lei que ensejou o pagamento indevido objeto da restituição."

(José Artur Lima Gonçalves e Marcio Severo Marques)

"E, não sendo aplicáveis, nestes casos, as disposições do artigo 165 do CTN, aplicar-se-ia o disposto no artigo 1° do Decreto n° 20.910/32... As disposições do artigo 1° do Decreto n° 20.910/32 seriam, assim, aplicáveis aos casos de pedido de restituição ou compensação com base em tributo inconstitucional (repita-se, hipótese não alcançada pelo art. 165 do CTN), caso em que o ato ou fato do qual se originaram as dívidas passivas da Fazenda Pública (objeto da norma de decadência) estaria relacionado ao julgamento do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade da exação."

(Hugo de Brito Machado, in Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, obra coletiva, p. 220/222.)

Num esforço conciliatório, porém, o Professor e ex-Conselheiro da 8ªCâmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, José Antonio Minatel, manifestou-se no sentido da aplicabilidade, in casu, do artigo 168, II do CTN, dele abstraindo o único critério lógico que permitiria harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar – o CTN:

"O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir "da data em que se tornar definitiva a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ***ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência exação tributária anteriormente exigida."***

(José Antonio Minatel, Conselheiro da 8ª Câmara do 1° C.C., em voto proferido no acórdão 108-05.791, de 13/07/99)

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 inconteste 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 nº 75006/PR, entre tantos outros).

A jurisprudência do STJ, apesar de sedimentada, não deixa claro, entretanto, se esta declaração diz respeito ao controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, o que induz à necessidade de uma meditação mais detida a respeito desta questão.

Vale a pena analisar, nesse mister, um pequeno excerto do voto do Ministro César Asfor Rocha, Relator dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº. 43.995-5/RS, por pertinente e por tratar de julgado que pacificava a jurisprudência da 1ª Seção do STJ, que justamente decide sobre matéria tributária:

"A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da exação, segue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser exercitado no prazo de cinco anos, a contar da ***decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade****, ao que saiba, não foi ainda expressamente apreciada pela Corte Maior. Todavia, creio que se ajusta ao julgado no RE 126.883/RJ, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado (RTJ 1237/936):*

"Empréstimo Compulsório (Decreto-lei nº 2.288/86, art. 10): incidência...".

(...)
A propósito, aduziu conclusivamente no seu douto voto (rtj 127/938):

"Declarada, assim, pelo plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que se fundava a exigência de natureza tributária, porque feita a título de cobrança de empréstimo compulsório, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido." (g.n.)

Ora, 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 originalmente 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).*

Em 10 de outubro de 1997, tal Decreto foi substituído pelo ***Decreto nº 2.346****, pelo qual se deu a consolidação das normas de*

*procedimentos 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 hipóteses 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 no 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. 1°, § 3°)**; (ii) expedição de súmula pela Advocacia Geral da União (art. 2°.); 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. 4°.*

*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 n° 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 – nos dizeres do Prof. José Antonio Minatel, acima transcrita – ainda que no controle difuso da constitucionalidade, momento a partir do qual pode o contribuinte exercitar o direito de reaver os valores que recolheu.

Isto 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" (g.n.) – Art. 1º, caput, do Decreto nº 2.346/97.*

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." (Dec. nº 2.346/96, art. 4º, parágrafo único).

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-lhe 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 da lei tida por inconstitucional. (Nota MF/COSIT nº 312, de 16/07/99)*

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).

Também é nesse sentido a manifestação do jurista e tributarista Ives Gandra Martins:

"Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge do âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º, da CF."

(Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, p. 178)

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 1.110/95, 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 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 – 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 de Norma 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 – 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 pela Recorrente, que foi* ***protocolizado antes de 30/08/2000*** *e, conseqüentemente, antes de transcorridos os cinco anos da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, publicada em 31/08/1995."*

Como se verifica, brilhante o pronunciamento da Nobre Colega Conselheira, a quem rendo minhas justas e devidas homenagens, encontrado em outros julgados da espécie, ao qual, efetivamente, nada mais me parece necessário acrescentar.

Apenas sintetizando, é certo que em determinado momento a própria administração tributária, por intermédio da Coordenação Geral do Sistema de Tributação - COSIT, da Secretaria da Receita Federal – M. Fazenda, veio a adotar como marco inicial para contagem do prazo objetivando o pedido de restituição em questão, a data da Medida Provisória nº 1.110/95. **(PARECER COSIT Nº 58, de 27 de outubro de 1998)**

Tal posicionamento prevaleceu até a edição do Ato Declaratório SRF nº 096, de 26/11/1999 (DOU de 30/11/99), pelo qual a mesma Administração veio a mudar de entendimento sobre tal matéria, que passou a ser o seguinte:

> "I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I, e 168, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Como se verifica, a Administração Pública Federal esteve a adotar, em momentos distintos, dois entendimentos diversos, sobre a mesma questão, desde a edição da MP nº 1110/95 já citada. Um posicionamento configurado pelo Parecer COSIT nº 58, de 1998 e, posteriormente, o do Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999, inteiramente conflitantes.

Mas, o que de importante deve ficar aqui destacado é que o Governo Federal, com o advento da MP nº 1.110/95, admitiu a <u>inaplicabilidade</u> das alíquotas majoradas, da Contribuição para o Finsocial, em razão da declaração de

inconstitucionalidade, pelo E. Supremo Tribunal Federal, de tais majorações. A partir de então – e só a partir de então – surgiu para os contribuintes o fato jurídico, a oportunidade legal, para que pudessem requerer a restituição (repetir o indébito), ou mesmo compensação, dos valores indevidamente pagos a título de contribuição para o Finsocial, com alíquotas excedentes a 0,5% (meio por cento).

Estabeleceu-se, desde então, sem qualquer dúvida, o marco inicial da contagem do prazo decadencial para o pedido de restituição/compensação pelos contribuintes que efetuaram, de boa fé e com observância do dever legal, os pagamentos indevidos, com base nas alíquotas majoradas, acima de 0,5%, nas épocas indicadas, da referida Contribuição para o FINSOCIAL.

Quer-me parecer que, com relação aos princípios da segurança jurídica e do interesse público, que também abarcam o da isonomia fiscal, o posicionamento estampado no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/99 não é, certamente, o mais correto.

Entende este Relator, portanto, que independentemente do entendimento ou posicionamento ou interpretação da administração tributária estampados, seja no Parecer COSIT 58/98 ou no Ato Declaratório SRF nº 096/99, os quais não vinculam este Conselho de Contribuintes, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial (05 anos) para a formalização dos pedidos de restituições das citadas Contribuições pagas a maior, é mesmo a data da publicação da referida MP nº 1.110/95, ou seja, em 31 de agosto de 1995, estendendo-se o período legal deferido ao contribuinte até 31 de agosto de 2000, inclusive, sendo este o *dies ad quem*. Conseqüentemente, só foram atingidos pela Decadência os pedidos formulados, em casos da espécie, a partir de 1º de setembro de 2000.

Feitas essas considerações e firmado o entendimento acima, resta saber se o pleito da empresa enquadra-se em tal situação.

Como ficou comprovado, o pedido de restituição, seguido do de compensação, foi protocolizado na repartição fiscal no dia **23/10/2001**, como se comprova às fls. 01/02 dos autos, após o decurso do prazo decadencial acima indicado.

Alega a Recorrente que a compensação ocorreu, de fato, no período de 03/97 a 12/97 e que o pedido só foi formulado em 23/10/2001 em virtude de ter de se adequar aos controles internos da Receita Federal, conformando os seus dados com os dados do conta corrente da Receita Federal.

"Data venia", tal argumentação não a socorre no presente caso.

O procedimento correto, simples, adequado e legal teria sido, a partir da edição da citada MP nº 1.110/95, ter a Contribuinte formulado seus pleitos perante a repartição fiscal (Receita Federal), com a finalidade de ter reconhecido, primeiramente, o seu direito creditório seguido, então, da compensação pretendida.

Não obstante, só veio a apresentar tais pedidos quando já decorridos mais de cinco anos da data inicial da contagem do prazo decadencial, como acima indicado.

Neste caso, não assistindo razão à Contribuinte com relação ao crédito tributário mantido pela Decisão ora atacada, não vejo outra alternativa senão a de negar provimento ao Recurso ora em exame.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de novembro de 2004

PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES – Relator