



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

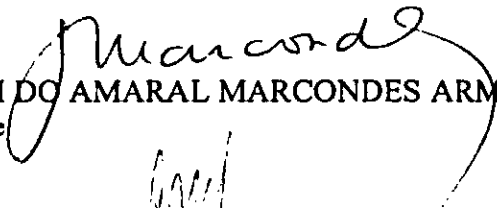
Processo nº : 13888.001491/99-97  
Recurso nº : 131.436  
Acórdão nº : 302-37.136  
Sessão de : 10 de novembro de 2005  
Recorrente : NASCIMENTO REFRIGERAÇÃO PEÇAS LTDA.  
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

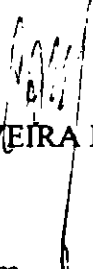
FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DIREITO RECONHECIDO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição/compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data em que o contribuinte teve seu direito reconhecido pela Administração Tributária, no caso a da publicação da MP 1.110/95, que se deu em 31/08/1995. Dessarte, a decadência só atinge os pedidos formulados a partir de 01/09/2000, inclusive, o que não é o caso dos autos.  
RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Os Conselheiros Luis Alberto Pinheiro Gomes e Alcoforado (Suplente), Corinto Oliveira Machado, Daniele Strohmeier Gomes, Mércia Helena Trajano D'Amorim, Paulo Roberto Cucco Antunes e Judith do Amaral Marcondes Armando votaram pela conclusão. Vencida a Consoleira Elizabeth Emílio de Moraes Chierogatto, relatora, que negava provimento. Designado para redigir o acórdão o Conselheiro Corinto Oliveira Machado.

  
JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO  
Presidente

  
CORINTHO OLIVEIRA MACHADO  
Relator Designado

Formalizado em:

27 JAN 2006

RP-302-131.436

Ausentes os Conselheiros Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior e Luis Antonio Flora. Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Ana Lúcia Gatto de Oliveira.

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

## RELATÓRIO

A empresa acima identificada, inscrita no MF sob o CGC de nº 49.397.755/0001-60, recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/ SP.

### DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

A interessada, que tem por objeto social o “comércio de peças e a prestação de serviços em motores para geladeiras” (fl. 07), protocolizou, em 11 de outubro de 1999, por procurador legalmente constituído (instrumento à fl. 04), o Pedido de Restituição/ Compensação de fls.01/02, acompanhado da “Planilha de Cálculo do Finsocial recolhido indevidamente a maior (fl. 03) e de cópias dos DARF’s de fls. 10/31, entre outros documentos.

Os valores constantes da Planilha acostada referem-se aos períodos de apuração de maio de 1990 a março de 1992.

O valor atualizado, à época, perfaz R\$ 20.627,70.

Posteriormente, protocolizou os Pedidos de Compensação de fls. 33, 38, 39, 44, 45, 46 e 47, entre outros.

### DA DECISÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL

Em 09 de junho de 2000, a Delegacia da Receita Federal em Piracicaba/ SP, nos termos da DECISÃO Nº 13888/137/99 (fl. 56), indeferiu o pedido da contribuinte, sob o fundamento de que o direito de a contribuinte pleitear a restituição/ compensação estaria extinto, face ao transcurso do prazo fixado no art. 168, I, do CTN (decadência), bem como com base no Ato Declaratório SRF nº 096, de 26 de novembro de 1999 e no Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99.

### DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão da DRF em 30/06/2000 (AR à fl. 67), a empresa protocolizou, em 06/07/2000, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 68 a 76, contendo os argumentos que leio em sessão, para o mais completo esclarecimento de meus I. Pares.

Apenas para ilustrar, os principais argumentos de sua defesa abrangeram as seguintes matérias:

- Não houve a decadência de seu direito à repetição do indébito.
- O STJ estabeleceu que é de dez anos contados da ocorrência do fato gerador o prazo para que o contribuinte que pagou indevidamente ou a maior, pleitear a repetição, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

*EMMA* 2

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

- Para esses tributos, a extinção definitiva do crédito tributário está prevista não no art. 156, I, do CTN, mas sim no art. 150, §§ 1º e 4º, do mesmo diploma legal.
- No caso em questão, não houve homologação expressa, mas sim a tácita, constante no § 4º do art. 150. Assim, o prazo decadencial somente começou a contar após cinco anos do efetivo pagamento.

O processo foi encaminhado à DRJ em Campinas/SP, para prosseguimento.

#### DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 04 de setembro de 2000, a AFRF Sra. Maria Inês Dearo Batista, com competência delegada pela Portaria DRJ/032/1998, proferiu a Decisão de fls. 94 a 99, indeferindo a solicitação da contribuinte requerente.

Citada decisão apresenta a seguinte ementa:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/1990 a 31/03/1992

Ementa: RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. DECADÊNCIA

O direito de o contribuinte 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.

Solicitação Indeferida.”

#### DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da referida Decisão em 18/09/2000 (AR às fls. 101), a interessada, por novo advogado (instrumento às fls. 76 e 102/103), apresentou, em 11/10/2000, tempestivamente, o recurso de fls. 104 a 111, expondo os argumentos que leio nesta oportunidade, para o conhecimento dos I. Membros desta Câmara.

À fl. 114 consta a remessa dos autos ao Segundo Conselho de Contribuintes.

#### DA DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Em 22/05/2002, os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, anularam o processo a partir da

*Emula*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

decisão de primeira instância, inclusive, nos termos do Acórdão de fls. 115 a 119, com a seguinte ementa:

**“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA – NULIDADE – A competência para julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal é privativa dos ocupantes do cargo de Delegado da Receita Federal de Julgamento. A decisão proferida por pessoa outra que não o titular da Delegacia da Receita Federal de Julgamento, ainda que por delegação de competência, padece de vício insanável e irradia a mácula para todos os atos dela decorrentes.”**

Foi o processo encaminhado à DRJ em Campinas, para as providências necessárias.

À fl. 130, consta o envio do mesmo, pela DRF em Piracicaba, à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, em vista da anulação promovida pelo Segundo Conselho de Contribuintes.

#### DA NOVA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 26 de janeiro de 2004, os Membros da 1ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, por unanimidade de votos, proferiram o ACÓRDÃO DRJ/RPO Nº 4.935 (fls. 144 a 153), sintetizado na seguinte ementa:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/05/1990 a 31/03/1992

Ementa: INDÉBITO FISCAL. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de se pleitear a restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.

A restituição e/ou compensação de indébito fiscal com créditos tributários vencidos ou vincendos, está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivo indébito.

EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. SUSPENSÃO.

A interposição de recurso contra despacho decisório que indeferiu pedido de compensação de débitos tributários com créditos tributários vencidos não tem o condão de suspender a exigibilidade

*SMC* 4

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

destes créditos. Contudo, a comunicação destes à Procuradoria da Fazenda Nacional, para fins de inscrição em Dívida Ativa da União, somente se dará trinta dias após a ciência do contribuinte da decisão definitiva na esfera administrativa que manteve o indeferimento.

#### ACEITAÇÃO DE CÁLCULOS.

Recusam-se os cálculos de indébitos fiscais apurados em desacordo com a legislação tributária vigente para efeito de mensuração do montante a ser repetido e/ou compensado.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 01/05/1990 a 31/03/1992

Ementa: INTIMAÇÃO. ENDEREÇAMENTO.

Dada a existência de determinação legal expressa, nesta fase do processo as notificações e intimações devem ser endereçadas ao domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo.

Solicitação Indeferida.”

#### DO NOVO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Regularmente cientificada em 28/06/2004 (AR à fl. 175), a contribuinte, por outro procurador (instrumento à fl. 198), interpôs tempestivamente, em 21/07/2004, o recurso de fls. 176 a 197.


Na oportunidade, leio os argumentos que dele constam, para o mais completo conhecimento deste Colegiado.

Foram os autos encaminhados ao E. Segundo Conselho de Contribuintes (fl. 204) e, a seguir, por força do disposto no art. 5º, da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, enviados a este Terceiro Conselho.

Em sessão realizada aos 18/05/2005, o processo foi distribuído ao I. Conselheiro Dr. Henrique Prado Megda.

Em nova distribuição, realizada aos 05/07/2005, foram sorteados para esta Conselheira, numerados até a fl. 206 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o relatório.



Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

## VOTO

Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Relatora

O recurso é tempestivo, portanto dele conheço.

O objeto deste processo refere-se a pedido de restituição/compensação de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, apresentado por empresa regularmente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ.

Em sua defesa recursal, a Contribuinte apresentou, em síntese, o seguinte arrazoado:

1. Fundamenta a Recorrida sua decisão no Ato Declaratório nº 96, de 26/12/1999 e nos artigos 150 e 156 do Código Tributário Nacional. Contudo, seu entendimento das disposições legais não é o correto, nem corresponde à posição jurisprudencial de nossos tribunais.
2. Seguindo-se o entendimento atual, é plausível se considerar que o direito de pleitear a devolução daquilo que foi pago indevidamente se inicia no mesmo instante em que o sujeito passivo da obrigação tributária passa a dispor de ação instrumentável para o fim de obter a condenação do fisco a que restitua a quantia com que se haja locupletado.
3. Assim, o pagamento não extingue o crédito tributário, o qual só estará definitivamente extinto com a homologação..
4. O STJ, em julgamento de uniformização de jurisprudência, estabeleceu que é de dez anos contados da ocorrência do fato gerador o prazo para o contribuinte que pagou indevidamente ou a maior requerer a repetição daquele valor, em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação.
5. Este também é o entendimento de nossos Tribunais e da doutrina.
6. O Código Tributário Nacional determina que o lançamento é ato privativo da Administração Pública. Assim, a extinção do crédito tributário só ocorre com a homologação expressa ou tácita, do pagamento antecipado, praticado pelo particular.

*Elizabeth*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

7. A extinção do crédito tributário só estará perfeita com a homologação, sendo este o momento do início da contagem do prazo prescricional de 5 anos. Em assim sendo, a extinção definitiva do crédito tributário está prevista não no art. 156, I, do CTN, mas sim no art. 150, §§ 1º e 4º do mesmo diploma legal (condição resolutória e homologação tácita).
8. O art. 168 do CTN deve ser interpretado em conjunto com o art. 150, § 4º, com o que se conclui que o prazo prescricional de 5 anos deve ser contado a partir da homologação expressa ou tácita por parte da autoridade administrativa.
9. Também jurídico e razoável que se conte o prazo para restituição a partir da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou da Medida Provisória que reconheceu a ilegalidade da exação [MP nº 1.110/95, sucessivamente reeditada até a MP nº 2.176-79, de 23/08/2002, transformada na Lei nº 10.522/02 (art. 18)].
10. Também não se pode olvidar o princípio da moralidade administrativa. O Ato Declaratório nº 96, no nosso ordenamento jurídico, só pode declarar um direito existente, e não modificar, extinguir ou criar, respeitando o princípio da segurança jurídica, como ensina nossa doutrina.
11. A DRJ em Ribeirão Preto tentou modificar um entendimento que já vinha sendo adotado pacificamente por outras Delegacias de Julgamento, com base no Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98.
12. Ademais, o crédito da Contribuinte é legítimo, pois a mesma, devido ao ramo de atividade que exerce, encontrava-se sujeita à cobrança do FINSOCIAL com base nas Leis nº 7.787/89, art. 7º, 7.894/89, art. 1º e 8.147/90, art. 1º, tendo recolhido as parcelas do tributo em conformidade com a legislação. Estas leis, posteriormente, foram declaradas inconstitucionais.
13. Destarte, a Interessada tem direito à restituição do que foi pago a maior e, conseqüentemente, à compensação dos créditos apurados com os débitos constantes nos pedidos de compensação, bem como com os prováveis débitos vincendos, o que se requer.

A matéria *sub judice* foi por várias vezes analisada por este Colegiado, dando origem a vários julgados.

Esta Relatora entende que o prazo decadencial referente ao direito de se pleitear a restituição/ compensação de Finsocial obedece à norma contida no art. 168 do CTN, que estabelece, *verbis*:

*EUCA*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

“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 artigo 165, da data de extinção do crédito tributário;

II – na hipótese do inciso III do artigo 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.”

Na hipótese destes autos, os pagamentos do Finsocial referem-se ao período de apuração de 01/05/1990 a 31/03/1992 e o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolado em 11/10/1999.

Assim, para esta Conselheira, está evidente a ocorrência da extinção do direito de a Recorrente pleitear a restituição/ compensação do mesmo Finsocial.

Contudo, outros fatos ocorridos no âmbito da Secretaria da Receita Federal levam a uma conclusão diferente sobre a matéria em questão.

Por comungar inteiramente das razões que nortearam o Voto proferido pela I. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo com referência ao Recurso nº 125.778, Acórdão nº 302-35.863, trago a esta Colação excerto do referido voto, adotando o entendimento exposto por aquela Julgadora:

“(…)

Não obstante, à época em que o presente pedido de restituição/compensação foi formalizado, a Secretaria da Receita Federal exposava entendimento diverso, firmado por meio do Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, segundo o qual o termo inicial para contagem da decadência, no caso da majoração da alíquota do Finsocial, seria a data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95.

Nesse passo, forçosa é a conclusão de que, no caso em tela, houve a aplicação retroativa de nova interpretação, o que não pode ser admitido, por força do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784, de 29/01/00, que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

*EMUK*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

Parágrafo único. Nos processos administrativos, serão observados, entre outros, os critérios de:

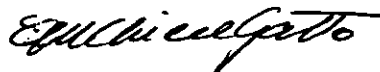
.....  
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação." (grifei)

Embora esta Conselheira esteja convicta de que a interpretação exposta no Parecer COSIT nº 58/98 - considerando a data da MP nº 1.110/95 como termo inicial para contagem da decadência - não observou os princípios da segurança jurídica e do interesse público, não se pode negar que tal entendimento esteve vigente na Secretaria da Receita Federal até a edição do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999 e, assim sendo, não há como deixar de aplicá-lo, no caso em exame - em que o pedido foi protocolado antes da adoção da nova interpretação - sob a justificativa de que, à época do respectivo julgamento pela autoridade de primeira instância, a instituição já adotava outro posicionamento....."

Na hipótese destes autos, os pagamentos do Finsocial referem-se ao período de apuração de 01/05/1990 a 31/03/1992 e o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolado em 11/10/1999, ou seja, este pedido foi protocolizado na vigência do Parecer COSIT nº 58, de 27/10/1998, o qual só foi afastado com a publicação do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/1999.

Em assim sendo e adotando as razões acima transcritas, VOTO NO SENTIDO DE QUE SEJA REFORMADA A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, AFASTANDO-SE A DECADÊNCIA, E DE QUE OS AUTOS RETORNEM À DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL EM PIRACICABA/SP, PARA QUE ESTA SE PRONUNCIE SOBRE AS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2005



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

## VOTO VENCEDOR

Conselheiro Corinho Oliveira Machado, Relator Designado

A matéria decadência é por demais conhecida de todos, assim faço uso de voto anterior atinente à matéria, o qual provê o recurso no particular, não exatamente pelas razões ofertadas pela recorrente ou pela I. Conselheira Relatora, e sim pelo fato de a contribuinte ter seu direito reconhecido pela Administração Tributária, consubstanciado na publicação da medida provisória nº 1.110/95.

Nesse sentido, peço vênia para trazer à colação excertos do voto da I. Conselheira Simone Cristina Bissoto, ex-integrante desta Segunda Câmara, nos quais são encontrados os fundamentos de decidir que encampo:

*“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;* ✓

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

*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 § 4º do art. 162, nos seguintes casos:*

*I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

*II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*

*III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.”*

*Somente a partir da Constituição de 1988, à vista das inúmeras declarações de inconstitucionalidade de tributos pela Suprema Corte, é que a doutrina pátria debruçou-se sobre a questão do prazo para repetir o indébito nessa hipótese específica.*

*Foi na esteira da doutrina de incontestáveis tributaristas como Alberto Xavier, J. Artur Lima Gonçalves, Hugo de Brito Machado e Ives Gandra da Silva Martins, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se, no sentido de que o início do prazo para o exercício do direito à restituição do indébito deve ser contado da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.*

*Não obstante a falta de unanimidade doutrinária no que se refere a aplicação, ou não, do CTN aos casos de restituição de indébito fundada em declaração de inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal, é fato incontestado que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (Resp nº 69233/RN; Resp nº 68292-4/SC; Resp 75006/PR, entre tantos outros).*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

*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* ✓

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

*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. 1º, § 3º); (ii) expedição de súmula pela Advocacia Geral da União (art. 2º); e (iii) determinação do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente a créditos tributários e no âmbito de suas competências, para adoção de algumas medidas consignadas no art. 4º.*

*Ora, no caso em exame, não obstante a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal não tenha sido unânime, é fato incontroverso – ao menos neste momento em que se analisa o presente recurso, e passados mais de 10 anos daquela decisão – que aquela declaração de inconstitucionalidade, apesar de ter sido proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, foi proferida de forma inequívoca e com ânimo definitivo. Ou, para atender o disposto no Decreto nº 2.346/97, acima citado e parcialmente transcrito, não há como negar que aquela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 150.764/PE, julgado em 16/12/92 e publicado no DJ de 02/04/93, fixou, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, no que se refere especificamente à inconstitucionalidade dos aumentos da alíquota da contribuição ao FINSOCIAL acima de 0,5% para as empresas comerciais e mistas.*

*Assim, as empresas comerciais e mistas que efetuaram os recolhimentos da questionada contribuição ao FINSOCIAL, sem qualquer questionamento perante o Poder Judiciário, têm o direito de pleitear a devolução dos valores que recolheram, de boa fé, cuja*

Processo n° : 13888.001491/99-97  
Acórdão n° : 302-37.136

*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 exercer 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, § 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 8.383/91, 9.430/96 e suas sucessoras, bem como as Instruções*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

*Normativas que trataram do tema “compensação/restituição de tributos” (IN SRF 21/97, 73/97, 210/02 e 310/03).*

*Nessa linha de raciocínio, entende-se que o indébito, no caso do FINSOCIAL, restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, contando-se o prazo de prescrição/decadência a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida – a MP 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 à 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,*

Processo nº : 13888.001491/99-97  
Acórdão nº : 302-37.136

*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."(...)*

Entendo, portanto, que independentemente do posicionamento da Administração Tributária, estampado, seja no Parecer COSIT 58/98 ou no AD-SRF nº 096/99, os quais não vinculam este Conselho, o marco inicial para a contagem do prazo decadencial de 5 anos, para a formalização dos pedidos de restituições da citada contribuição paga a maior, é a data da publicação da referida MP nº 1.110/95, ou seja, em 31/08/95, estendendo-se o período legal deferido ao contribuinte até 31/08/2000, inclusive, sendo este o *dies ad quem*.

No vinco do exposto, voto no sentido de prover o recurso, para afastar a decadência aplicada no presente caso, e para que retorne o expediente à Delegacia da Receita Federal de origem, onde devem ser analisadas as demais circunstâncias do pedido de restituição/compensação formulado pela Recorrente.

Sala das Sessões, em 10 de novembro de 2005

  
CORINTHO OLIVEIRA MACHADO - Relator Designado