



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEGUNDA CÂMARA

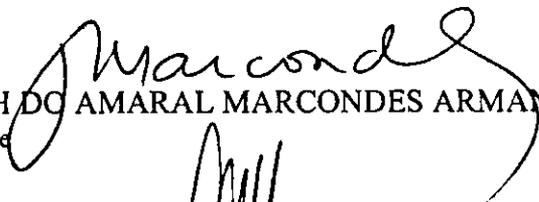
Processo nº : 13891.000113/00-51  
Recurso nº : 133.317  
Acórdão nº : 302-37.272  
Sessão de : 26 de janeiro de 2006  
Recorrente : CUTELARIA CAVALINHO LTDA.  
Recorrida : DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

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, retornando-se os autos à Repartição de Origem, para apreciação das demais questões de mérito, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. A Conselheira Mércia Helena Trajano D'Amorim votou pela conclusão. Vencidas as Conselheiras Elizabeth Emílio Moraes Chieregatto, relatora e Judith do Amaral Marcondes Armando que negavam provimento. Designado para redigir o Acórdão o Conselheiro Corinto Oliveira Machado.

  
JUDITH DO AMARAL MARCONDES ARMANDO  
Presidente

  
CORINTHO OLIVEIRA MACHADO  
Relator Designado

Formalizado em: 15 MAR 2006

RP-302-133.317

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Luis Antonio Flora, Paulo Affonseca de Barros Faria Júnior, Paulo Roberto Cucco Antunes e Davi Machado Evangelista (Suplente). Esteve presente a Procuradora da Fazenda Nacional Maria Cecília Barbosa.

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

## RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP.

### DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, DA DECISÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL e da MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Por bem descrever os fatos ocorridos, adoto, inicialmente, o relatório de fls. 98/99, a seguir transcrito:

*"A contribuinte acima identificada ingressou com o pedido de fl. 1, requerendo a restituição do montante de R\$ 14.987,47, referente a indébitos de contribuições para o Finsocial relativas aos recolhimentos efetuados entre 04/10/1989 a 20/04/1992.*

*2. A solicitação baseou-se no fato de terem sido declarados inconstitucionais, pelo Supremo Tribunal Federal, os artigos 9º da Lei nº 7.894, de 1988; 7º da Lei nº 7.787, de 1989; 1º da Lei nº 7.894, de 1989, e 1º da Lei nº 8.147, de 1990, motivo pelo qual a contribuinte considerou indevidos os recolhimentos excedentes à contribuição calculada utilizando-se a alíquota de 0,5%.*

*3. Para comprovar os indébitos do Finsocial, anexou ao pedido petição pormenorizada, planilha de cálculo de fl. 16 e cópia de Darfs de fls. 27/37.*

*4. Analisado o pleito, a Delegacia da Receita Federal em Limeira (SP) proferiu Despacho Decisório de fls. 77/78, que indeferiu a solicitação da contribuinte, tendo em vista a decadência do direito de pleitear a restituição por haver decorrido mais de 5 (cinco) anos entre as datas dos pagamentos e a data da formalização do pedido de restituição.*

*5. Ciente do despacho decisório em 24/05/2001, a contribuinte ingressou com a manifestação de inconformidade de fls. 81/94, na qual alegou, em síntese, que:*

*- solicitou restituição do Finsocial recolhido a maior no que excedeu a 0,5%, pois foi obrigada a pagar a contribuição social sobre o faturamento mensal (Finsocial) às alíquotas de 1,0 %, 1,2% e 2,0% calculadas sobre a receita bruta apurada a partir de*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*setembro de 1989 a março de 1992, conforme vigentes à época respectiva, como demonstram as cópias dos Documentos de Arrecadação Federal – DARF juntados ao presente;*

*- os percentuais que excederam a 0,5% são manifestamente inconstitucionais, tendo sido, inclusive, declarado inconstitucional o artigo 9º da Lei nº 7.689, de 1988, e as demais disposições legais sobre percentuais que excederam a 0,5%;*

*- pleiteou a restituição do pagamento indevido ao Finsocial cumulado com pedido de compensação de tributos, no presente processo;*

*- o Decreto-lei nº 1940, de 1982, criador do Finsocial, era incompatível com a nova ordem constitucional, bem como a legislação que o “recriou”, motivo pelo qual restaram reconhecidas e declaradas a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988; art. 7º da Lei nº 7.787, de 1989; art. 1º da Lei nº 7.894, de 1989, e art. 1º da Lei nº 8.147, de 1990;*

*- à época do presente pedido de restituição/compensação vigia, na esfera administrativa a Medida Provisória nº 1.110, de 1995, reeditada sucessivas vezes, que dispensa a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, bem assim determine o cancelamento do lançamento e a inscrição relativamente ao Finsocial exigido das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas excedente a meio por cento;*

*- soa no mínimo estranho considerar-se como indevido um pagamento realizado nos exatos ditames da lei. O direito de pedir a restituição perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em ação direta, ou ainda com o reconhecimento do próprio governo por meio da edição de ato específico. No caso presente, 5 anos contados a partir da data de emissão da Medida Provisória nº 1.110, de 30 de agosto de 1995;*

*- por ser tributo cuja legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o Finsocial amolda-se à sistemática denominada lançamento por homologação, em que a contagem do prazo decadencial se desloca da regra geral iniciando-se após o decurso de cinco anos da data do recolhimento, caso não haja homologação expressa;*

*- o prazo para cobrança da contribuição para o Finsocial, bem como o direito de pleitear sua restituição, é de 10 anos e cita os*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*arts. 9º do Decreto-lei nº 2049, de 1983 e 122 do Decreto nº 92.698, de 1985, que foram editados sob a égide da Constituição Federal anterior, a qual não abarcava norma equivalente a do art. 146, III da Constituição Federal promulgada em 1988.*

*6. "Por fim, esclarece-se que não se está discutindo a inconstitucionalidade do Finsocial no presente Recurso, (...), o que se discute no presente Recurso é prazo decadencial/prescricional, termo inicial da contagem de tais prazos para (os tributos) sujeitos a lançamento por homologação, bem como a contagem do prazo decadencial para se pleitear a repetição do indébito e o termo inicial quando ocorre declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, e a interpretação equivocada manifestada na Decisão Administrativa ora impugnada" (transcrita in verbis item 49, fl. 93). (Nota: as palavras grifadas foram acrescentadas/substituídas por esta Relatora, conforme contidas na Manifestação e Inconformidade – fl. 93).*

*7. Por derradeiro, solicitou seja cancelado o despacho decisório, determinado o deferimento do pedido de restituição com a conseqüente homologação da compensação com débitos vincendos e ou vencidos administrados pela SRF, expedindo-se ao final o Documento Comprobatório de Compensação, nos termos das Instruções Normativas nº 21 e 73, ambas de 1997."*

#### **DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

Em 10 de março de 2005, os Membros da 3ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Ribeirão Preto/SP, por unanimidade de votos, proferiram o Acórdão DRJ/RPO Nº 7.519 (fls. 97/104), sintetizado na seguinte ementa:

*"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Período de apuração: 04/10/1989 a 20/04/1992*

*Ementa: RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.*

*O direito de pleitear a restituição de pagamentos indevidos decai no prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.*

*Solicitação Indeferida."*

#### **DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

Cientificada do referido Acórdão em 24/05/2005 (AR à fl. 107), a interessada apresentou, em 08/06/2005, tempestivamente, o recurso de fls. 108 a 122,

*EMER*

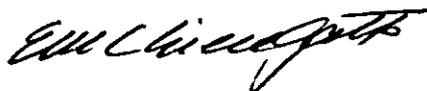
Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

expondo os argumentos que leio em sessão, para o conhecimento dos I. Membros desta Câmara.

À fl. 123 consta a remessa dos autos ao Terceiro Conselho de Contribuintes.

Esta Relatora os recebeu, em distribuição realizada aos 09/11/2005, numerados até a fl. 124 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Emília Costa'.

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

## VOTO

Conselheira Elizabeth Emílio de Moraes Chieregatto, Relatora

O presente recurso apresenta os requisitos para sua admissibilidade, razão pela qual 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.

De pronto, verifica-se que, na peça de defesa recursal, a empresa-contribuinte reitera, *in totum*, as razões apresentadas em sua Manifestação de Inconformidade, acrescentando apenas que:

- A DRJ/Ribeirão Preto alega que deveria ter havido a comprovação de que houve o pagamento indevido, anexando-se aos autos cópia do livro da saída, tendo ocorrido a preclusão de tal direito.
- Ocorre que o pedido de restituição/compensação foi protocolizado sob a égide das Instruções Normativas SRF nºs 21 e 73/97, que dispunham sobre a documentação necessária àquele pedido (art. 6º). Não há a exigência de juntada de cópias de livros fiscais e, se imperioso, isso pode ser obtido mediante diligência fiscal, conforme previsto no parágrafo único do citado art. 6º. Ademais, todas as informações foram prestadas à época, mediante entrega de DCTF's e IRPJ's, que constam nos bancos de dados da SRF, bem como os DARF's, correspondentes ao período do indébito, foram microfilmados e/ou encontram-se nos mesmos bancos de dados.

Ou seja, no recurso interposto a Interessada, em síntese:

- expondo os fatos, destaca que a majoração das alíquotas do FINSOCIAL (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), bem como a norma que pretendeu recriar aquela exação (art. 9º da Lei nº 7.689/88), são manifestamente inconstitucionais. Salieta que a incompatibilidade dos dispositivos legais citados com a nova ordem constitucional foi, inclusive, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual até mesmo deu a tal decisão os efeitos

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

próprios de Ação Direta de Inconstitucionalidade, cientificando o Senado Federal por Ofício e, com isso, fazendo abranger todos os demais casos de FINSOCIAL em trâmite no Judiciário. Argumenta que, diante da decisão do STF e do reconhecimento do próprio Governo manifestado através da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, bem como do Parecer COSIT nº 58/98, pleiteou a restituição do pagamento indevido que havia efetuado, tendo sido seu pedido indeferido, sob o fundamento da ocorrência da decadência, portanto sem análise de mérito.

- No mérito, basicamente: (a) discorreu novamente sobre a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei nº 7.689/88, bem como da legislação posterior que pretendeu aumentar a alíquota do FINSOCIAL; (b) ponderou sobre as determinações contidas na Medida Provisória nº 1.110/95, concluindo que, para aqueles que não ingressaram no Poder Judiciário, aquela Medida representou o reconhecimento do pagamento indevido; (c) analisou o instituto da decadência do direito à repetição do indébito (termo *a quo*), argumentando que o direito à restituição surgiu com a edição da citada MP 1.110/95, socorrendo-se ainda do disposto nos artigos 165 e 168 do CTN; (d) observou que a Coordenação Geral do Sistema de Tributação, através do Parecer COSIT nº 04/99, já havia manifestado tal entendimento, em relação ao Imposto de Renda Retido na Fonte, “o qual aplica-se perfeitamente ao caso presente”, acrescentando que o Conselho de Contribuintes abraçou a mesma posição; (e) no caso de não ser esse o entendimento deste Colegiado, apreciou aspectos referentes à decadência nos lançamentos por homologação, expondo que, nessa espécie de lançamento, o crédito tributário só se considera extinto com a homologação do lançamento (expressa ou tácita), termo *a quo* para a contagem do prazo de decadência; (f) apresentou argumentos sobre a não necessidade de juntada de livros fiscais ao pedido de restituição/compensação em análise.

Passo, em seqüência, à análise do mérito propriamente dito.

A contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial – foi instituída pelo Decreto-lei nº 1940, de 25 de maio de 1982, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação, e amparo ao pequeno agricultor.

O Decreto-lei nº 2.049, de 01 de agosto de 1983, dispôs sobre as contribuições para o Finsocial, sua cobrança, fiscalização, processo administrativo e de consulta, entre outras providências.

*EMLA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

O Regulamento da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL foi aprovado pelo Decreto nº 92.698, de 21 de maio de 1986.

Este Decreto regulamentador, ao tratar do processo de restituição e ressarcimento do Finsocial, estabeleceu, em seu art. 122, que “o direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de dez anos ...”.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o dispositivo legal acima citado passou a não ter mais eficácia, uma vez que não foi recepcionado por aquela Carta.

Senão vejamos.

Reza o art. 149 da CF/88, *in verbis*:

*“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, 150, I e III, e sem prejuízo do disposto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”*

Ou seja, ao tratar das contribuições supracitadas, a Lei Maior apenas fez alusão aos artigos 146, inciso III, 150, incisos I e III e 195, § 6º, todos de seu próprio corpo.

Passemos à análise de cada um desses dispositivos.

O art. 146, III, determina que “cabe à lei complementar ... estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre ... (b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários ...”. (grifei)

Os incisos I e III do art. 150, por sua vez, assim determinam, *in verbis*:

*“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

...

*I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

...

*III – cobrar tributos:*

*a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

*EMCA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou."*

*Finalmente, o art. 195, § 6º, dispõe que, in verbis:*

*"Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:*

*...*

*§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b."*

Verifica-se claramente que, com o advento da Constituição Federal de 1988, apenas a lei complementar (e o Código Tributário Nacional – CTN – tem este "status") pode estabelecer normas gerais sobre prescrição e decadência tributárias, inclusive em relação às contribuições sociais. Neste diapasão, passaram aquelas contribuições a se submeterem às normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive as que tratam da prescrição e da decadência.

Por não existir lei especial que trate destas matérias (prescrição e decadência), no que se refere ao direito do sujeito passivo, com referência ao Finsocial, as mesmas sujeitam-se às disposições contidas no CTN. (G.N.)

Buscando amparo naquele Código, no que se refere à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, e considerando o objeto destes autos, nos defrontamos com os arts. 168 e 165, inciso I, que estabelecem as normas a serem obedecidas quanto à questão da decadência do direito de pleitear repetição do indébito. No caso, dispõem aqueles artigos que o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

*Dispõe o art. 168 do CTN, in verbis:*

*"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".*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*O art. 165 daquele diploma legal assim coloca, "in verbis":*

*"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 artigo 162, nos seguintes casos:*

*I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou das 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.*

*(...)."*

Os dispositivos legais transcritos afastam qualquer dúvida sobre o prazo que o contribuinte tem para exercer o direito de pleitear a restituição total ou parcial do tributo, qual seja, repito, de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário, considerando-se a lide objeto deste processo.

Ademais, os tributos sujeitos a lançamento por homologação são tratados no art. 150 do CTN. O § 4º do citado artigo refere-se, especificamente, ao prazo para a **Fazenda Pública homologar o lançamento antecipado pelo obrigado, e não para estabelecer o momento em que o crédito tributário se considera extinto**, o qual foi definido no § 1º do mesmo artigo, "*in verbis*" (G.N.):

*"§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento".*

Conclui-se, portanto, que, para aos tributos sujeitos a esta modalidade de lançamento, os efeitos da extinção do crédito tributário operam desde o pagamento antecipado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, nos termos da legislação de regência, sendo que esta extinção não é definitiva, pois depende de ulterior homologação da autoridade, que, no caso de considerar a antecipação em desacordo com a legislação, poderá não homologar o lançamento.

Destaque-se, ainda, que as modalidades de extinção do crédito tributário encontram-se elencadas no art. 156 do CTN, também *in verbis*:

*"Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*

*EMULA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*I – o pagamento;*

*II – a compensação;*

*III – a transação;*

*IV – a remissão;*

*V – a prescrição e a decadência;*

*VI – a conversão do depósito em renda;*

*VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do dispositivo no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;*

*VIII – a consignação em pagamento nos termos do disposto no § 2º do art. 164;*

*IX – a decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória;*

*X – a decisão judicial passada em julgado;*

*XI – a dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.*

*(...)”.*

*(Nota: o grifo não é do original)*

No caso dos autos, o crédito tributário já se encontrava extinto pelo pagamento, razão pela qual não há que se falar em restituição ou compensação.

Assim, quanto ao direito material da Recorrente em pleitear a restituição/ compensação dos valores recolhidos à alíquota superior a 0,5%, com referência ao Finsocial, é este o entendimento desta Relatora.

Na hipótese vertente, os pagamentos do Finsocial referem-se ao período de apuração de outubro de 1989 a abril de 1992 e o Pedido de Restituição/Compensação foi apresentado em 30 de agosto de 2000.

Destarte, para esta Conselheira, está evidente a ocorrência da extinção do direito de a Recorrente pleitear a restituição/compensação do mesmo Finsocial, pois seu pleito foi protocolizado na repartição competente bem após cinco anos da extinção do crédito tributário pertinente.

*EMILIA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

Quanto à declaração de inconstitucionalidade das Leis nºs 7.689/1988, 7.787/1989 e 7.894/1989, pelo Supremo Tribunal Federal, por comungar inteiramente do entendimento exposto pela I. Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo com referência ao Recurso nº 125.753, Acórdão nº 302-35.862, trago a esta Colação excerto do Voto nele proferido, que traduz minha própria posição sobre a matéria, transcrevendo-o:

“(…)

*De plano, esclareça-se que o posicionamento de nossos Tribunais Superiores, relativamente à restituição/ compensação do Finsocial, não é o de que a decadência ocorre após transcorridos dez anos do pagamento indevido, mas sim o de que a extinção do direito ao pleito ocorreu em 01/04/98, conforme se depreende da ementa a seguir:*

*“TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL COM OUTROS TRIBUTOS ADMINISTRADOS PELA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. ART. 49, DA MP Nº 66, DE 29/08/2002 (CONVERSÃO NA LEI Nº 10.637, DE 30/12/2002). ART. 21, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 210, DE 1º/10/2002. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*

.....

*4. A decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, proferida no RE nº 150.764-1/PE, que declarou inconstitucional o Finsocial (Lei nº 7.689/88), foi julgada em 16/12/1992 e publicada no DJU de 02/04/1993. Perfazendo-se o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, seu término se deu em 01/04/1998. In casu, a pretensão da parte autora não se encontra atingida pela prescrição, pois a ação foi ajuizada em 05/08/1997.” (STJ – REsp 496203/RJ – DJ de 09/06/2003).*

*Com todo o respeito à decisão do STJ, analisando-se a questão da decadência com base no Código Tributário Nacional, as conclusões inarredáveis são aquelas esposadas no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, cujos principais trechos serão a seguir transcritos:*

“(…)

*30. A linha interpretativa do STJ contraria, portanto, um dos princípios fundamentais do estado de direito, plenamente consagrado na Constituição da República, que é o da segurança jurídica. Com efeito, permitir sejam revistas situações jurídicas plenamente consolidadas durante a vigência de lei posteriormente declarada inconstitucional, mesmo após decorridos os prazos*

*EMULH*

*decadenciais ou prescricionais, é estabelecer o caos na sociedade. Sim, porque a tese teria que ser aplicada a todos indistintamente, e isso significa dizer, por exemplo, que um contrato celebrado entre particulares, sob a égide de uma lei inconstitucional, possa ser desconstituído ou anulado a qualquer tempo, se a lei sob a qual se amparou for declarada inconstitucional, ainda que decorrido o prazo extintivo do direito, estabelecido na legislação civil.*

(...)

*34. É preciso salientar, a esta altura, que não se nega o efeito ex tunc da declaração de inconstitucionalidade, tese hoje defendida pela maioria dos doutrinadores. O que se argumenta é em torno da eficácia temporal dessa espécie de decisão sobre situações já consolidadas. No campo da abstração jurídica, esse efeito é absoluto, já que ataca a lei ab initio, e restaura a ordem jurídica, em sua plenitude, ao status quo ante. Todavia, quando aplicado ao exame do caso concreto, razões relevantes ao Direito, vinculadas notadamente ao princípio da segurança jurídica e ao próprio interesse público, impõem um abrandamento da eficácia desse efeito.*

(...)

*41. Dessume-se, pois, que a eficácia do efeito ex tunc das decisões que declaram leis inconstitucionais deve ser temperada, de forma a não causar transtornos pelo desfazimento de situações jurídicas já consolidadas e, algumas vezes, irreversíveis ou de reversibilidade extremamente danosa ao Estado e à sociedade. Não se trata de questionar-se a nulidade ab initio da norma inconstitucional, no campo abstrato da ciência jurídica, questão aceita pela grande maioria da doutrina; mas simplesmente de reconhecer que, examinado à luz de fatos concretos, torna-se imperioso o abrandamento do efeito retroativo, para que não se provoque lesão maior do que a causada pela norma inconstitucional.*

*42. Ressalte-se, ademais, que o entendimento vencedor no STJ e no TRF da 1ª Região não considerou o princípio da estrita legalidade que rege o sistema tributário nacional. O CTN, como aduzido acima, cuidou expressamente do prazo de extinção do direito de pleitear a restituição tributária – “seja inconstitucionalidade, seja ilegalidade do tributo”, como ensinou ALIOMAR BALEEIRO – destarte, qualquer solução que não observe o disposto no art. 165 c/c o art. 168, constituirá simples criação exegética, desprovida de qualquer amparo jurídico ou legal.*

(...)

*EMCA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

46. Por todo o exposto, são estas as conclusões do presente trabalho:

*I – o entendimento de que termo a quo do prazo decadencial do direito de restituição de tributo pago indevidamente, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, seria a data de publicação do respectivo acórdão, no controle concentrado, e da resolução do Senado, no controle difuso, contraria o princípio da segurança jurídica, por aplicar o efeito ex tunc, de maneira absoluta, sem atenuar a sua eficácia, de forma a não desfazer situações jurídicas que, pela legislação regente, não sejam mais passíveis de revisão administrativa ou judicial;*

*II – os prazos decadenciais e prescricionais em direito tributário constituem-se em matéria de lei complementar, conforme determina o art. 150, III, “h” da Constituição da República, encontrando-se hoje regulamentada pelo Código Tributário Nacional;*

*III – 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, após decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código;”*

*Os mesmos argumentos e conclusões esposados no parecer retro aplicam-se à tese de que a contagem do prazo decadencial teria como marco inicial a data da publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, que estaria a suprir a ausência de resolução do Senado Federal, no controle difuso de constitucionalidade.”*

Na hipótese destes autos, todo o entendimento manifestado no excerto do voto acima transcrito, especialmente as colocações, razões e conclusões da Procuradoria Nacional da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CAT/Nº 1.538/99, são inquestionavelmente aplicáveis.

Paralelamente, no que tange à Medida Provisória nº 1.110/95, outros aspectos podem e devem ser aqui analisados.

Argumenta a empresa-recorrente que, para se cogitar a respeito da decadência do direito à repetição do indébito, é necessário que este direito exista em toda a sua plenitude e seja exercitável. Acrescenta que, no caso concreto, antes da MP nº 1.110/95, não existia o direito exercitável, não havia pagamento indevido, sendo que o pagamento só se tornou indevido (surgindo direito à restituição) a partir do reconhecimento por parte do Governo de que tal pagamento era indevido, o que se concretizou com a edição da citada MP, que dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da

*EMCA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente ao FINSOCIAL.

Destaca, outrossim, que parece claro que foi nesse momento que a Administração Tributária e, em última análise, a Administração Pública, reconheceu que o tributo foi exigido com base em lei inconstitucional, nascendo, para o contribuinte, o direito de, administrativamente, pleitear a restituição.

Estes argumentos, contudo, não podem ser aceites.

Senão vejamos.

A Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998 (originariamente, Medida Provisória nº 1.110/95, promulgada após a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade da majoração das alíquotas do Finsocial), determinava que, *in verbis*:

“(…)

*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 zero vírgula cinco 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 zero vírgula um 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;”*

(…)

*Art. 19. Fica a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional autorizada a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:*

*I - matérias de que trata o artigo anterior;*

(…)

*§ 2º. A sentença, ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

§ 3º. *Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse. (...)”.*

O disposto no supra citado art. 18 reproduz, literalmente, a disposição contida no art. 17 da MP nº 1.110/95, sendo que esta última, originariamente, no § 2º daquele artigo, estabelecia, *in verbis*:

“§ 2º. *O disposto neste artigo não implicará restituição de quantias pagas”.*

Observa-se, portanto, que, no caso, a autoridade administrativa foi autorizada a praticar ações referentes à dispensa da constituição de créditos tributários relativos ao Finsocial.

Paralelamente, a PGFN foi autorizada a não inscrever como Dívida Ativa da União e/ou a não ajuizar a respectiva execução fiscal relativamente àquela Contribuição, nas hipóteses indicadas.

Acrescentou-se, ainda, o cancelamento do lançamento e inscrição referentes à citada contribuição.

Ou seja, todas as hipóteses referem-se ou a créditos tributários ainda não constituídos, ou àqueles que, embora constituídos, não estejam ainda extintos pelo pagamento (CTN, art. 156, inciso I), não podendo tal entendimento ser estendido à restituição ou compensação.

Em assim sendo, a MP nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998, bem como sua edição original (MP nº 1.110/95), não socorre a interessada, em relação à qual o crédito tributário pleiteado já estava constituído e pago.

Também não se aplica à espécie o disposto no art. 18, § 2º, da Medida Provisória nº 1.621-36, de 10 de junho de 1998, *in verbis*:

“§ 2º *O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantias pagas”.*

Isto porque, quando aquele artigo se refere à constituição de créditos da Fazenda Nacional, à inscrição como Dívida Ativa, ao ajuizamento da execução e ao cancelamento do lançamento e da inscrição, ele se dirige àquele que pode constituir ou cancelar o lançamento, ou àquele que pode inscrever, ajuizar a execução ou cancelar a inscrição.

É por isto que, no parágrafo 2º, fica vedada a restituição *ex officio* das quantias pagas.

*EMULA*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

Tal fato, contudo, não permite que a interpretação deste dispositivo legal possa ser ampliada, para que se entenda que, “ficando vedada a restituição *ex officio*, fica permitida a restituição ‘a pedido’”.

Importante aqui ressaltar que, enquanto ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei, expressamente, permite, princípio basilar do Direito Administrativo.

Destaco, novamente, que o art. 149 da Constituição Federal, ao tratar das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de atuação da União nas respectivas áreas faz expressa remissão ao art. 146, III, aqui já mencionado.

Neste diapasão, passaram as contribuições sociais a se submeterem às normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive àquelas que tratam da prescrição e da decadência.

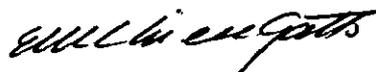
Ademais, neste processo, o Pedido de Restituição de valores recolhidos a título de Finsocial, excedentes à alíquota de 0,5%, **como salientado por esta Relatora**, foi protocolado em 30 de agosto de 2000, sendo que os pagamentos mais recentes efetuados pela Contribuinte referem-se ao período de abril de 1992(grifei).

Claro está, portanto, que ocorreu a decadência do direito da Recorrente solicitar a respectiva restituição.

Esta posição em nada desrespeita a doutrina e a jurisprudência aportadas aos autos pela recorrente as quais poderão vir a ser objeto de futuras análises e reflexões.

Contudo, entende esta Julgadora que, no processo *sub judice*, a decadência do direito à restituição/compensação se concretizou, por força do previsto nos artigos 156, 165 e 168, todos do Código Tributário Nacional, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO INTERPOSTO**, prejudicados os demais argumentos.

Sala das Sessões, em 26 de janeiro de 2006



ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO - Relatora

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

## VOTO VENCEDOR

Conselheiro Corinto 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 : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*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 ✓*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

69233/RN; Resp nº 68292-4/SC; Resp 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. 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*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*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, § 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*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*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 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*

Processo nº : 13891.000113/00-51  
Acórdão nº : 302-37.272

*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.”(...)*

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 26 de janeiro de 2006

  
CORINTHO OLIVEIRA MACHADO – Relator Designado