



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Recurso nº : 129.071
Acórdão nº : 301-31.868
Sessão de : 15 de junho de 2005
Recorrente(s) : INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FIOS E MALHAS
IDEAL LTDA.
Recorrida : DRJ/JUIZ DE FORA/MG

EMENTA: FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA EXERCER O DIREITO.

O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 (cinco) anos contados de 12/06/98, data de publicação da Medida Provisória nº 1.621-36/98, que, de forma definitiva, trouxe a manifestação do Poder Executivo no sentido de reconhecer o direito e possibilitar ao contribuinte fazer a correspondente solicitação.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, com retorno do processo à DRJ para exame do pedido, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Valmar Fonseca de Menezes, relator, e Otacílio Dantas Cartaxo. Designada para redigir o Acórdão a Conselheira Atalina Rodrigues Alves.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


ATALINA RODRIGUES ALVES
Relatora Designada

Formalizado em: **09 DEZ 2005**

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Irene Souza da Trindade Torres, Carlos Henrique Klasner Filho, José Luiz Novo Rossari e Susy Gomes Hoffmann.

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, que transcrevo, a seguir.

“A contribuinte acima identificada requereu às fls. 01/02, com juntada de documentos de fls. 03/26, 31/34 a restituição/compensação de valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL (Lei Complementar 70/91), dos períodos de apuração de setembro/1989 a março de 1992.

Por meio do Despacho Decisório SAORT/DRF/VAR, de 28/07/2002 (fls. 35/38), foi indeferida a solicitação da requerente, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no art. 168, combinado com o artigo 165, da Lei nº 5.172/1966 (CTN) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

A interessada manifestou sua inconformidade às fls. 45/60, contestando o entendimento quanto à decadência. Alegou, em resumo, que, o tributo em questão está sujeito ao regime de lançamento por homologação por força do art. 150, parágrafo 1º, 2ª parte do CTN e, conforme reconhece o STJ e decisões do 2º Conselho de Contribuintes, o prazo para se pleitear a compensação é de dez anos após o pagamento antecipado. Prossegue a suplicante alegando que está absolutamente superado o Ato Declaratório nº 96, de 21/11/99, à vista do Acórdão nº CSRF/01-03.239 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, prolatado, aliás, em consonância com o que determina o Parecer Cosit nº 58/98, o qual considera que o prazo decadencial inicia-se da data em que o Supremo declarou a inconstitucionalidade dos decretos-leis nº 2.445/88 e 2.449/88, mais precisamente da Resolução do Senado nº 49 de 09/10/1995. Aduz que o prazo para se pleitear a restituição é de dez anos, mesmo porque a Lei nº 8.212/91, artigo 45, dispõe de igual prazo para o ente público. Ao final, requer a peticionária seja integralmente reformada a decisão, para os fins de reconhecimento de seu direito creditório.”

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão, nos termos da ementa transcrita adiante:

“Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

Ementa: RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data de extinção do crédito tributário, assim entendido

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Solicitação Indeferida”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 70 a 89.

É o relatório.

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

VOTO VENCEDOR

Conselheira Atalina Rodrigues Alves, Relatora Designada

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade; dele, pois, tomo conhecimento.

No presente processo discute-se o pedido de restituição e compensação de créditos que o recorrente alega possuir perante a União, decorrentes de pagamentos efetuados a título de contribuição para o Finsocial em alíquotas superiores a 0,5%, estabelecidas em sucessivos acréscimos à alíquota originalmente prevista em lei, e cujas normas legais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 150.764-PE, de 16/12/92.

O pleito da contribuinte foi indeferido sob o fundamento de que o direito para pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Com relação à matéria esta Câmara tem, sistematicamente, adotado o voto do Eminente Conselheiro José Luiz Novo Rossari, proferido no Acórdão nº 301-30.945, o qual transcrevo:

“A matéria foi objeto de tratamento específico no art. 77 da Lei nº 9.430/96, que, com objetivos de economia processual e de evitar custos desnecessários decorrentes de lançamentos e de ações e recursos judiciais, relativos a hipóteses cujo entendimento já tenha sido solidificado a favor do contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, dispôs, *in verbis*:

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

I - abster-se de constituí-los;

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

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

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

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

"Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos os procedimentos estabelecidos neste Decreto.

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

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

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

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

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

Em consonância com o disposto no art. 1º, § 3º da norma disciplinar retrotranscrita, concernente à autorização do Presidente da República para a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida em caso concreto, esta veio a ser efetivamente implementada a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/8/95, que em seu art. 17 dispôs, *verbis*:

"Art. 17. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

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

(...)

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

Por meio dessa norma o Poder Executivo manifestou-se no sentido de reconhecer como indevidos os sucessivos acréscimos de alíquotas do Finsocial estabelecidos nas Leis nº 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, e assegurou a dispensa da constituição de créditos tributários, a inscrição como Dívida Ativa e o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem como o cancelamento do lançamento e da inscrição da contribuição em valor superior à alíquota de 0,5% exigida das empresas comerciais e mistas.

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

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

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

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

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

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

(...)

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

"Art. 17.
(...)"

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

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

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

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

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

7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

(...)

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

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

Posto que bem alicerçado em respeitável doutrina e explicitado suas razões e conclusões com extrema felicidade, deve ser destacado que no referido Parecer não foi examinada a Medida Provisória nº 1.621-36, de 10/6/98, nem os seus efeitos, decorrentes de manifestação de vontade do Poder Executivo, com base no permissivo previsto no § 3º do art. 1º do Decreto nº 2.346/97. Destarte, propõe-se neste voto interpretar a legislação a partir de ato emanado da própria Administração Pública, determinativo do prazo excepcional.

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

Existem correntes que propugnam no sentido de que esse prazo decadencial deveria ser contado a partir da data de publicação da Medida Provisória original (MP nº 1.110/95), ou seja, de 31/08/95. Entendemos que tal interpretação traduziria contrariedade à lei vigente, visto que a norma constante dessa Medida estabelecia, de forma expressa, o descabimento da restituição de quantias pagas. E diante desse descabimento, não haveria por que fazer a solicitação. Somente a partir da alteração levada a efeito, em 12/06/98, é que a Administração reconheceu a restituição, acenando com a protocolização dos correspondentes processos de restituição.

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

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

² Art. 165 do CTN:

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

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

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

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

Cumpra, ainda, ressaltar e trazer à colação, por relevantes, as substanciais lições de Carlos Maximiliano sobre o processo de interpretação das normas, ("Hermenêutica e Aplicação do Direito" - 10ª ed. 1988), os quais aplicam-se perfeitamente à matéria em exame, *verbis*:

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

(...)

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

(...)

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

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

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

"TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a

⁴ Art. 111 do Decreto nº 4.543/2002:

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

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

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

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

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

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

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

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

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

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

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

No caso, vislumbra-se especificamente a situação prevista no inciso II do parágrafo único do art. 22A, hipótese em que não há a vedação aos Conselhos de Contribuintes para afastar a aplicação de lei ou ato normativo em vigor, em virtude de inconstitucionalidade."

Diante de tão bem fundamentadas razões, não há como rejeitar a alegação da recorrente no sentido de não ter ocorrido decadência do direito de pleitear a restituição/compensação de valores que teriam sido indevidamente recolhidos a título de FINSOCIAL.

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

Tendo sido examinada no julgamento de Primeira Instância tão-somente a questão relativa à decadência do direito de pleitear a restituição/compensação, em homenagem ao duplo grau de jurisdição e para evitar a supressão de instância, entendo descaber a apreciação do restante do mérito por este Colegiado, devendo o processo ser devolvido à DRJ para o referido exame.

Pelo exposto, voto no sentido DAR PROVIMENTO ao recurso para aceitar a alegação da recorrente de não ter sido caracterizada a decadência do prazo para pleitear a restituição, determinando o retorno do processo a DRJ de origem para apreciar o restante do mérito e os demais aspectos concernentes ao pedido de restituição/compensação.

Sala das Sessões, em 15 de junho de 2005



ATALINA RODRIGUES ALVES - Relatora Designada

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

VOTO VENCIDO

Conselheiro Valmar Fonsêca de Menezes, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Preliminarmente, analisemos o prazo prescricional para a restituição requerida.

A questão proposta é controvertida – em vista das diversas decisões deste Conselho – que ora considera o termo inicial para contagem do prazo prescricional a data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, ora o considera como sendo a data da edição da Medida Provisória nº 1.621-36/98, entendimento este ao qual até há pouco tempo me filiava.

No entanto, as recentes decisões da Câmara Superior de Recursos Fiscais me fizeram refletir novamente sobre a matéria, reflexão esta que me conduziu no mesmo sentido daquela Egrégia Corte, reformando o meu posicionamento anterior.

Como já disse um filósofo, a única coisa permanente no homem é a mudança, e sendo eu um dos humildes representantes da espécie, peço licença aos meus pares para usufruir o direito universal de mudar as minhas próprias convicções, sem a preocupação de estar sendo, no caso *in concreto*, agradável aos contribuintes ou ao Fisco.

Feitas estas considerações e ressaltando o meu profundo respeito pelas opiniões em contrário, passo à análise da matéria.

O prazo para pleitear a restituição do indébito tributário é estabelecido pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo que a seguir transcrevemos:

“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 da 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 : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

A hipótese previsto no inciso I do artigo 165 é a seguinte:

“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 da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;
(...)”*

Desta forma, conclui-se que se o pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável extingue-se em cinco anos da data da extinção do crédito tributário.

A Medida Provisória nº 1110/95 dispôs que:

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

(...)

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

(...)

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

Ora, o referido dispositivo legal, na verdade, afastou a aplicação da Legislação que taxativamente relaciona, ou de outra forma, modificou a Legislação aplicável anteriormente ao FINSOCIAL, do que resultou as providências que determina. Este é o único entendimento possível, pois não poderia de outra forma determiná-las sem que se alterassem os dispositivos legais anteriormente vigentes, visto que estaria ferindo o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, quanto à vinculação da atividade administrativa do lançamento à Lei.

Processo nº : 13657.000358/2002-30
Acórdão nº : 301-31.868

Ao determinar, a Lei, o cancelamento dos lançamentos efetuados com base na Legislação que enumera, claramente afastou os seus efeitos como norma capaz de gerar um lançamento tributário.

Sendo desta forma, a Legislação aplicável ao FINSOCIAL foi alterada na data da edição daquela Medida Provisória, o que nos remete aos textos do Código Tributário Nacional, citados acima, para inferir que, tomando como premissa o inciso I do artigo 165, conseqüentemente, o pagamento realizado se tornou maior que o devido, em face da nova Legislação aplicável.

Tal constatação implica, por força do inciso I do artigo 165 do mesmo Código, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, que somente foi recalculado e extinto naquela data, segundo as novas normas tributárias.

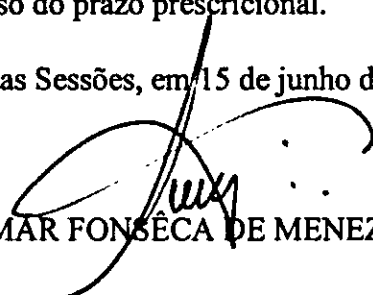
Ou seja, antes da edição da Medida Provisória citada o valor recolhido acima de 0,5% correspondia ao débito real devido pelo contribuinte; somente com a sua edição, o débito automaticamente teve o valor alterado, com a sua conseqüente extinção, ao mesmo tempo em que surgiu um saldo credor em favor do contribuinte.

A partir destas premissas, conclui-se, claramente, que o prazo para pleitear a restituição em análise é de cinco anos a partir da edição da Medida Provisória 1.110/95.

Quanto ao que dispõe o parágrafo 2º do artigo 17 daquele dispositivo, entendo que este contraria o disposto no seu "caput", em virtude do que redundaria em não possuir nenhuma eficácia, ferindo a lógica jurídica por afrontar o raciocínio elementar de que se determinado valor não é devido ao Fisco, este não ser beneficiado com enriquecimento ilícito, na medida em que estaria retendo aquilo que não lhe pertence. Admitir a eficácia de tal dispositivo seria aceitar a evidente contradição entre o reconhecimento de uma cobrança indevida e a vedação à restituição dos valores desta maneira retidos.

Diante do exposto, voto no sentido de que seja negado provimento ao recurso, por transcurso do prazo prescricional.

Sala das Sessões, em 15 de junho de 2005


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Relator