



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
PRIMEIRA CÂMARA**

Processo nº : 13840.000606/99-08
Recurso nº : 128.961
Acórdão nº : 301-31.883
Sessão de : 16 de junho de 2005
Recorrente(s) : SUPERMERCADO MARTIN DE ITAPIRA LTDA.
Recorrida : DRJ/CAMPINAS/SP

**FINSOCIAL. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
PRAZO PARA EXERCER O DIREITO.**

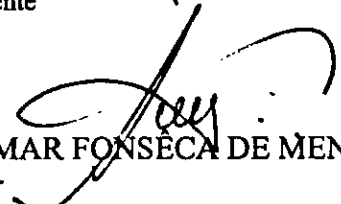
O prazo para requerer o indébito tributário decorrente da declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial é de 5 anos, contados da data de publicação da Medida Provisória nº 1.110/95, que, alterando a Legislação, reconheceu a indevida cobrança das majorações do FINSOCIAL, estabelecendo o direito à restituição dos valores indevidamente recolhidos.

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 unanimidade 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. Os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Luiz Roberto Domingo, Atalina Rodrigues Alves, Susy Gomes Hoffmann, Irene Souza da Trindade Torres e Carlos Henrique Klaser Filho votaram pela conclusão.


OTACÍLIO DANTAS CARTAXO
Presidente


VALMAR FONSECA DE MENEZES
Relator

Formalizado em: **09 DEZ 2005**

Processo nº : 13840.000606/99-08
Acórdão nº : 301-31.883

RELATÓRIO

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

“Trata este processo de pedido de restituição/compensação, apresentado em 23 de dezembro de 1999, da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – Finsocial, relativa à parcela recolhida acima da alíquota de 0,5% (meio por cento), no período de apuração de outubro de 1989 a março de 1992.

2. A autoridade fiscal havia indeferido o pedido (fls. 34/35), sob a fundamentação de que o direito de pleitear restituição estaria extinto, por aplicação do disposto no artigo 165, inciso I, 168, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN), Parecer PGFN/CAT nº 1538/99 e Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999.

3. Cientificada da decisão em 28/12/2000, a contribuinte manifestou seu inconformismo com o despacho decisório em 16/01/2001 (fls. 49/63), alegando, em síntese e fundamentalmente, que:

3.1. conforme artigo 122 do Decreto n.º 92.698, de 21 de maio de 1986, o prazo para repetição do indébito seria de dez anos, em contraposição ao do Ato Declaratório 96/99, que por sinal é hierarquicamente inferior;

3.2. o Ato Declaratório 96/99, traduz uma mudança de entendimento oficial, tendo se apoiado no Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99, bem diferente do entendimento do Parecer COSIT nº 58/98. Dessa forma, faz várias observações a respeito do Parecer PGFN/CAT/nº 1538/99;

3.3. entende que a IN 31/97 tem o condão de permitir aplicação uniforme e igualitária das regras do ordenamento jurídico, demarcando o termo inicial da decadência para a repetição do indébito tributário;

3.4. a extinção do crédito tributário opera-se com a homologação do lançamento, o que na prática resulta num prazo de 10 (dez) anos: 05 para a homologação tácita e mais 05 para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça;

3.5. requer a improcedência do despacho que determinou o indeferimento do pedido de restituição, restabelecendo seu legítimo

Processo nº : 13840.000606/99-08
Acórdão nº : 301-31.883

direito à restituição e compensação dos valores pagos a maior a título de Finsocial.”

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

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. PRECEDENTES DO STJ E STF.

Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o prazo de prescrição da repetição de indébito do Finsocial extingue-se com o transcurso do quinquênio legal a partir de 02/04/1993, data da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal - RE 150.764 - que julgou inconstitucional a majoração da alíquota. Pedidos apresentados após essa data não podem ser atendidos, tanto pela interpretação do STJ, quanto pela posição da Administração, que, seguindo precedentes do STF sobre o prazo de extinção do direito a pleitear restituição, considera-o como sendo de cinco anos a contar do pagamento, inclusive para os tributos sujeitos à homologação.

· Solicitação Indeferida”

Inconformada, a contribuinte recorre a este Conselho, conforme petição de fl. 77 a 93.

É o relatório.

Processo nº : 13840.000606/99-08
Acórdão nº : 301-31.883

VOTO

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 : 13840.000606/99-08
Acórdão nº : 301-31.883

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 o 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 n. 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 : 13840.000606/99-08
Acórdão nº : 301-31.883

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.

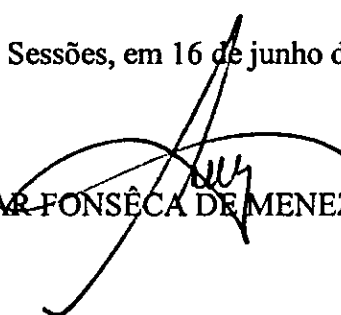
Ou seja, antes da edição da Medida Provisória citada o valor recolhido acima de 0,5% correspondia ao débito real devido pelo contribuinte; somente com a sua edição, o débito automaticamente teve o valor alterado, com a sua conseqüente extinção, ao mesmo tempo em que surgiu um saldo credor em favor do 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 dado provimento ao recurso, com retorno do processo à Delegacia de Julgamento para análise dos demais aspectos da restituição pleiteada.

Sala das Sessões, em 16 de junho de 2005


VALMAR FONSÊCA DE MENEZES - Relator