Publicado no Diário Oficial da União
de 15 / 04 / 2003
Rubrica

Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10183.005883/99-65
Recurso nº : 118.069
Acórdão nº : 202-14.209

Recorrente : ELETRÔNICA PAULISTA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campo Grande - MS

FINSOCIAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO SOBRE RECOLHIMENTOS EFETUADOS COM BASE EM ALÍQUOTAS DETERMINADAS INCONSTITUCIONAIS - PRAZO DECADENCIAL - Se o indébito se exterioriza a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras do tributo, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido (entendimento baseado no RE nº 141.331-0, Rel. Min. Francisco Rezek). Vez que o sujeito passivo não pode perder direito que não poderia exercitar, a contagem do prazo decadencial para pleitear a repetição da indevida incidência apenas se inicia a partir do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma. Inexistindo resolução do Senado Federal, deve-se contar o prazo a partir do reconhecimento da Administração Pública de ser indevido o tributo (MP nº 1.110/95, de 31/08/95).

COMPENSAÇÃO - Não havendo análise do pedido pelo julgador de primeiro grau, anula-se a decisão de primeira instância, devendo outra ser proferida, em homenagem ao duplo grau de jurisdição.

Processo ao qual se anula a partir da decisão de primeira instância, inclusive.

Vistos relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: ELETRÔNICA PAULISTA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive.**

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2002

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Adolfo Montelo
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda, Adriene Maria de Miranda (Suplente), Eduardo da Rocha Schmidt e Valmar Fonseca de Menezes (Suplente).

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.

Imp/cf

Processo nº : 10183.005883/99-65
Recurso nº : 118.069
Acórdão nº : 202-14.209

Recorrente : ELETÔNICA PAULISTA LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedidos de restituição e de compensação de valores que o sujeito passivo teria recolhido a maior, referentes à Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, com aplicação de alíquotas superiores a 0,5%, correspondentes ao período de 01/1990 a 03/1992.

A contribuinte pleiteia a restituição/compensação dos valores que apurou com aqueles referentes a outros tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal (fl. 02).

Junto com o pedido inicial, a interessada trouxe aos autos as cópias dos DARFs de fls. 03/11 referentes à Contribuição para o FINSOCIAL nos períodos acima relacionados, Planilha ou Demonstrativo de Cálculo da Compensação (fls. 12/14), Petição de fls. 15/47, cópias de sua Declaração de Rendimentos IRPJ do exercício de 1993, do Cartão do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, e cópias do Contrato Social e alteração.

Às fls. 60/61 consta Papeletas de Comprovação de Pagamentos.

Por meio do Despacho Decisório nº 188/2000 (fl. 68/69), a DRF/Cuiabá/MT indeferiu a compensação pleiteada, sob o argumento de que, considerando-se os artigos 165 e 168, c/c o art. 156, todos do Código Tributário Nacional, ocorrera a decadência do direito de pleitear a restituição dos valores pagos, visto que transcorridos mais de 05 (cinco) anos dos pagamentos efetuados, o que faz sob a orientação do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/99, com base no Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99.

A interessada apresentou impugnação/manifestação de inconformidade (fls. 72/83) contra o Despacho referido, onde, em síntese, diz sobre:

a) o direito de compensar administrativamente os valores recolhidos a maior a título de FINSOCIAL excedentes a 0,6% em 1988 (Decreto-Lei nº 2.397/87, art. 22, § 5º) e a 0,5% a partir de 1989, citando o art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e o Decreto n.º 2.138/1997;

b) o equívoco da administração tributária que lhe indeferiu o pedido alegando decadência, pois, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal que

julgou inconstitucionais as majorações das alíquotas é que começou o direito para o indébito; e

c) jurisprudência, como distinguir a Decadência e a Prescrição.

Por fim, pede a procedência de seu pedido, aduzindo que não extinguiu seu direito.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por manter o indeferimento da solicitação, corroborando os termos do despacho decisório proferido pela DRF/Cuiabá/M, através da Decisão DRJ/CGE nº 118, de 16 de fevereiro de 2001, ratificando o entendimento de que o direito de pleitear a restituição questionada, mesmo quando se tratar de pagamento com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, teria sido extinto com o decurso de 05 (cinco) anos da data da extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

Inconformada com a decisão singular, a interessada, tempestivamente, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 93/116, reiterando os argumentos de defesa expendidos na impugnação, e, em resumo, acrescenta que:

1. no STJ se firmou a jurisprudência de que, nas ações em que versem sobre tributos lançados por homologação (art. 150 do CTN), o prazo prescricional é de 10 (dez) anos, ou seja, 05 (cinco) anos para a Fazenda efetuar a homologação do lançamento (§ 4º), e mais 05 (cinco) anos para a ocorrência da prescrição (art. 168, I, do CTN);

2. quanto ao FINSOCIAL, a matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 92.698/86, e seu art. 122, incisos I e II, estabelece que o prazo para pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de (dez) anos; e

3. além de outros comentários, pede a procedência de seu pedido, alegando que não decaiu o seu direito.

É o relatório.

Processo nº : 10183.005883/99-65
Recurso nº : 118.069
Acórdão nº : 202-14.209

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ADOLFO MONTELO

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, dele tomo conhecimento.

O cerne da questão colocado nos autos cinge-se ao pleito de que seja acolhido o pedido de restituição/compensação de créditos que a recorrente alega ser detentora junto à Fazenda Pública, por ter efetuado recolhimentos a título de Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas superiores a 0,5%, que tiveram sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE.

Pleiteia, ainda, a compensação de tais diferenças com valores devidos a título de diversos tributos e contribuições vincendos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Do exame dos autos, vislumbra-se a questão da decadência do direito de compensação dos valores que a recorrente argumenta ser credora, que merece ser examinada preliminarmente.

A controvérsia acerca do prazo para a compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, na qual se tenha por definido ser indevido o tributo, foi muito bem delineada pelo Conselheiro José Antônio Minatel, no Acórdão nº 108-05.791, cujo excerto transcrevo:

> *"Voltando, agora, para o tema acerca do prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação de valores indevidamente pagos, à falta de disciplina em normas tributárias federais em escalão inferior, tenho como norte o comando inserto no art. 168 do Código Tributário Nacional, que prevê expressamente:*
>
> *'Art.168 - O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*
> *I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;*

II - na hipótese do inciso III do art.165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.'

Veja-se que o prazo é sempre de 5 (cinco) anos, sendo certo que a distinção sobre o início da sua contagem está assentada nas diferentes situações que possam exteriorizar o indébito tributário, situações estas elencadas, com 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.'

O direito de repetir independe dessa enumeração das diferentes situações que exteriorizam o indébito tributário, uma vez que é irrelevante que o pagamento a maior tenha ocorrido por erro de interpretação da legislação ou por erro na elaboração do documento, posto que ***qualquer valor pago além do efetivamente devido será sempre indevido****, na linha do princípio consagrado em direito que determina que 'todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir', conforme previsão expressa contida no art. 964 do Código Civil.*

Longe de tipificar numerus clausus, resta a função meramente didática para as hipóteses ali enumeradas, sendo certo eu os incisos I e II do mencionado artigo 165 do CTN voltam-se mais para as constatações de erros consumados em ***situação fática não litigiosa****, tanto que aferidos unilateralmente pela iniciativa do sujeito passivo, enquanto que o inciso III trata de indébito que vem à tona por deliberação de autoridade incumbida de dirimir* ***situação jurídica conflituosa****, daí referir-se a 'reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória'.*

Na primeira hipótese (incisos I e II) estão contemplados os pagamentos havidos por erro, quer seja ele de fato ou de direito, em que o juízo do indébito opera-se unilateralmente no estreito círculo do próprio sujeito passivo, sem a participação de qualquer terceiro, seja a administração tributária ou o Poder Judiciário, daí a pertinência da regra que fixa o prazo para desconstituir a indevida incidência já a partir da data do efetivo pagamento, ou da 'data da extinção do crédito tributário', para usar a linguagem do art. 168, I, do próprio CTN. Assim, quando o indébito é exteriorizado em ***situação fática não litigiosa****, parece adequado que o prazo para exercício do direito à restituição ou compensação possa fluir imediatamente, pela inexistência de qualquer óbice ou condição obstativa da postulação pelo sujeito passivo.*

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

Esse parece ser, a meu juízo, o único critério lógico que permite harmonizar as diferentes regras de contagem de prazo previstas no Estatuto Complementar (CTN). Nessa mesma linha também já se pronunciou a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 141.331-0, em que foi relator o Ministro Francisco Rezek, em julgado assim ementado:

'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do empréstimo compulsório incidente na aquisição de automóveis (RE 121.136), surge para o contribuinte o direito à repetição do indébito, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido' (Apud OSWALDO OTHON

Processo nº : 10183.005883/99-65
Recurso nº : 118.069
Acórdão nº : 202-14.209

DE PONTES SARAIVA FILHO – in 'Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário' – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999)."

O entendimento do eminente julgador, corroborado pelo pronunciamento do Pretório Excelso, no RE nº 141.331-0, por ele colacionado, muito bem se aplica à espécie dos autos, pelo que o acato e tomo como fundamento para me posicionar no sentido de não ter ocorrido a decadência do direito de pedir a restituição/compensação do tributo em foco.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que, quanto à Contribuição ao FINSOCIAL, o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, hipótese em que o pedido de restituição tem assento no inciso III do art. 165 do CTN, contando-se o prazo de prescrição a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida, entendimento esse que contraria o recomendado pela Administração Tributária, no Ato Declaratório SRF nº 96/99, baixado em consonância com o Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 18/10/99, cujos atos administrativos, contrariamente ao que ocorre em relação às repartições que lhe são afetas, não vinculam as decisões dos Conselhos de Contribuintes.

Para a formação do seu livre convencimento, o julgador deve se pautar na mais fiel observância dos princípios da legalidade e da verdade material, podendo, ainda, recorrer à jurisprudência administrativa e judicial existente sobre a matéria, bem como à doutrina de procedência reconhecida no meio jurídico-tributário.

No que diz respeito a Contribuição para o FINSOCIAL, em que a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal acerca da majoração de alíquotas deu-se em julgamento de Recurso Extraordinário, o que 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 23/08/2001.

Através daquela norma legal (MP nº 1.110/95), a Administração Pública determina 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%, com exceção dos fatos geradores ocorridos no exercício de 1988, onde prevalece a alíquota de 0,6%, por força do artigo 22 do Decreto-Lei nº 2.397/87.

Assim, foi reconhecido ser indevido o pagamento da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas majoradas, respectivamente, para 1%, 1,20% e 2%, com base nas Leis

Processo nº : 10183.005883/99-65
Recurso nº : 118.069
Acórdão nº : 202-14.209

nºs 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, com efeito *erga omnes*, portanto, é cabível o pedido de restituição/compensação, que foi **protocolizado em 23 de dezembro de 1999**, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, publicada em 31/08/1995.

Ressalte-se, ainda, que, relativamente à contribuição em pauta, o direito supra foi expressamente estabelecido no art. 122 do Decreto nº 92.698, de 21/05/86, cujo dispositivo, com base no art. 9º do Decreto-Lei nº 2.049/83, determina:

> *"Art. 122. O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados (Decreto-lei nº 2.049/83, art. 9º):*
> *I – da data do pagamento ou recolhimento indevido;*
> *II – [...]."*

Na decisão de primeiro grau, o julgador resolveu conhecer da impugnação apresentada e julgar improcedente a solicitação, face à decadência do direito de repetição dos indébitos pleiteados, o que implicou em que a matéria de mérito não fosse objeto de análise por parte da decisão singular.

Em homenagem ao duplo grau de jurisdição, é defesa a apreciação, pelo julgador de segunda instância, de matéria não enfrentada pela autoridade julgadora monocrática, pois reverteria o devido processo legal, com a transferência para a fase recursal da instauração do litígio, suprimindo uma instância.

Na espécie, a manifestação do julgador singular acerca do mérito do litígio faz-se por demais importante, pois será feita a aferição do eventual direito à restituição/compensação pedida.

Mediante o exposto, e o que dos autos consta, nessa ordem de juízos, voto no sentido de que não ocorreu a prescrição do direito ao indébito e que a decisão de primeira instância seja anulada, e os atos dela decorrentes, para que outra seja proferida, apreciando, desta feita, as razões de mérito trazidas à colação.

Sala das Sessões, em 19 de setembro de 2002

ADOLFO MONTELO