



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

Recorrente : CONSTRUSHOPPING SOROCABA LTDA.
Recorrida : DRJ em Campinas - SP

NORMAS PROCESSUAIS – RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO – CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN – O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 05 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia *erga omnes*, pela 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. **NULIDADE** - Superada a prejudicial de decadência, exsurge-se que a não consideração das demais alegações e provas da contribuinte, com vistas a amparar e dimensionar o pleito, importa em preterição ao seu direito de defesa.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CONSTRUSHOPPING SOROCABA 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 22 de maio de 2002.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Antonio Carlos Bueno Ribeiro
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt, Adolfo Montelo, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/ovrs



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

294

Recorrente : CONSTRUSHOPPING SOROCABA LTDA.

RELATÓRIO

Em pleitos encaminhados à Delegacia da Receita Federal em Sorocaba – SP, a ora Recorrente pede a restituição/compensação de alegados créditos da Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, oriundos de recolhimentos com os acréscimos de alíquota declarados inconstitucionais pelo STF, no período compreendido entre 06.90 a 09.91, com parcelas de outros impostos e contribuições, como consta nos formulários próprios que apresenta.

O titular daquela repartição, mediante a Decisão de fl. 50, indeferiu o pleito ao fundamento de que por ocasião do pedido inicial de restituição (31.05.2000) já tinha decorrido o prazo para o contribuinte pleitear a repetição de indébito de 05 anos, contado da extinção do crédito tributário, inclusive quando tratar de pagamento efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, consoante o Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99 e Ato Declaratório SRF nº 096/99.

Intimada dessa decisão, a Contribuinte ingressou, tempestivamente, com a Petição de fls. 86/98, manifestando sua inconformidade com o indeferimento de seu pleito, alegando, em suma, que:

- não teria ocorrido a prescrição do direito à compensação ou restituição de indébitos recolhidos há mais de cinco anos da data em que o pedido foi protocolizado, haja vista ser esse prazo de dez anos, consoante jurisprudência judicial no sentido de que, no pagamento de tributos sujeitos à homologação, esse prazo é de “cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados da data em que ocorreu a homologação tácita”, fazendo referência a decisórios judiciais e manifestações doutrinárias nesse sentido, mediante transcrição; e
- em se tratando de pedido de restituição/compensação fulcrado em inconstitucionalidade, no caso, o prazo prescricional deve ter início com a MP nº 1.175/95, onde o Poder Executivo reconheceu que não se poderia mais exigir tributo à alíquota superior a 0,5% (art. 17, inciso III).

A Autoridade Singular manteve o indeferimento do pedido de restituição/compensação em tela, mediante a Decisão de fls. 105/110, assim ementada:

“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/1990 a 30/09/1991

Ementa: RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

295

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou sem valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA”.

Inconformada, a contribuinte apresenta, tempestivamente, o Recurso de fls. 135/148, no qual, além de reeditar os argumentos da impugnação, aduz que a decisão recorrida, ao modificar o entendimento anterior, para pautar em entendimento posterior (AD SRF nº 96/99 c/c o PARECER PGFN 1.538/99), desrespeita os princípios da segurança jurídica e da moralidade.

É o relatório.



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO

Conforme relatado, o pleito de restituição/compensação em tela diz respeito a créditos da Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, oriundos de recolhimentos efetuados com os acréscimos de alíquota declarados inconstitucionais pelo STF, o que foi reconhecido pelo Poder Executivo, consoante o disposto, inicialmente, no art. 17, inciso III, da Medida Provisória nº 1.110, de 30.08.95 (DOU 31.08.95), sucessivamente reeditada que dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional e o cancelamento dos já constituídos relativamente à Contribuição para o FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, aplicando alíquota superior a 0,5%.

A negativa desse pleito se deu ao exclusivo fundamento de que, por ocasião de seu protocolo (31.05.2000), já teria decorrido o prazo para a contribuinte pleitear a repetição de indébito de 05 anos, contado da extinção do crédito tributário, inclusive quando se tratasse de pagamento efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, consoante o Parecer PGFN/CAT/nº 1.538/99 e Ato Declaratório SRF nº 096/99, tendo em vista referir-se a recolhimentos efetuados no período compreendido entre 16.07.90 a 05.11.91.

Enfim, o presente caso, em face do direito de pleitear a restituição, se enquadra dentre aqueles em que o indébito resta exteriorizado por situação jurídica conflituosa segundo a terminologia adotada no Acórdão n.º 108-05.791, da lavra do ilustre Conselheiro José Antonio Minatel, cujas razões de decidir, neste particular, aqui adoto e abaixo reproduzo:

“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 de 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:



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

'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 parágrafo 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 que 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



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

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 da **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 da 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 .º 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:

'Declarada a inconstitucionalidade das normas instituidoras do depósito 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 DE PONTES SARAIVA FILHO – In "Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário" – pág. 290 – Editora Dialética – 1.999)'

Nesse diapasão, a extinção do direito de pleitear a restituição, *in casu*, dar-se-ia em 31.08.2000 (cinco anos contados da publicação da Medida Provisória nº 1.110, de 30.08.95 e, como o pedido foi protocolizado em 31.05.2000, é de se afastar a prejudicial de decadência na qual se fundou a decisão recorrida para negar o presente pleito.

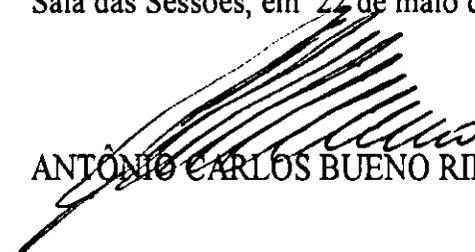
Uma vez superada essa prejudicial, exsurge-se que a não consideração das demais alegações e provas da Recorrente, com vistas a amparar e dimensionar o pleito, importou em preterição ao seu direito de defesa.



Processo nº : 10855.001185/00-91
Recurso nº : 116.254
Acórdão nº : 202-13.781

Isto posto, voto pela anulação do presente processo, a partir da decisão singular, para que outra seja proferida com o exame do mérito do pedido de restituição em apreço, afora a prejudicial de extinção de direito aqui já decidida.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2002.



ANTÔNIO CARLOS BUENO RIBEIRO