



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

Recorrente : PÃES E DOCES ROSAS DE MAIO LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

FINSOCIAL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - PRAZO DECADENCIAL – Exteriorizando-se o indébito a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras da contribuição, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido. 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, *in casu*, a MP nº 1.110/95, de 31/08/95.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - Não havendo análise do pedido de restituição compensação pelo julgador singular, 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:
PÃES E DOCES ROSAS DE MAIO 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 21 de agosto de 2002


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

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

cl/cf



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

Recorrente : PÃES E DOCES ROSAS DE MAIO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o processo de pedidos de compensação e de restituição da Contribuição ao Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, referente ao período de setembro/89 a março/92.

Mediante o Despacho Decisório de fl. 73, a solicitação foi indeferida, considerando-se alcançado pela decadência o direito de a contribuinte pleitear a restituição.

Inconformada, a interessada apresentou a tempestiva Impugnação de fls. 77/82, alegando que, segundo jurisprudência firmada no STJ, o prazo prescricional para repetir tributo declarado inconstitucional pela Corte Suprema tem como termo inicial a data da própria decisão que assim o considerar.

A autoridade julgadora de primeira instância manteve o indeferimento do pleito, nos termos da Decisão de fls. 86/93, cuja ementa se transcreve:

"Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

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

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Em tempo hábil, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 96/101), requerendo a restituição da contribuição recolhida a maior, em virtude da inconstitucionalidade, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, dos sucessivos aumentos na alíquota do FINSOCIAL.

Alega que os recolhimentos indevidos, configurados pelas diferenças pagas a maior, têm a natureza de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, sujeitando-se a contagem do prazo ao previsto no § 4º do artigo 150 do CTN. Assim, contados cinco anos da data da ocorrência do fato gerador, considera-se homologado o lançamento, acrescentando-se mais cinco anos relativos ao prazo prescricional. *A*



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

Há, ainda, jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o prazo prescricional para repetir tributo declarado inconstitucional pelo STF tem como termo inicial a data da própria decisão que assim o declarou.

Do exposto, requer a compensação do valor pago a maior com contribuições devidas, vincendas e/ou vencidas, de acordo com o art. 66 da Lei nº 8.383/91. Para tanto, necessário se faz proceder à correção monetária desse valor com índices que reflitam a inflação no período, através do IPC de março/90 a janeiro/91; do INPC até dezembro/91; e da UFIR a partir de janeiro/92.

É o relatório.



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES**

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

Como relatado, trata-se de pedidos de restituição e de compensação dos valores recolhidos a título de FINSOCIAL que a reclamante entende haver pago a maior, com base na decisão do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, que determinou que a contribuição deve ser calculada à alíquota de 0,5%, sendo inconstitucionais os percentuais de alíquotas acima deste valor. Por meio do Despacho Decisório nº 1234/200 – fl. 73 -, o pleito foi indeferido em razão de a autoridade prolatora do r. despacho haver entendido que o prazo para solicitação do indébito relativo a tributo ou contribuição com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal seria de cinco anos, a contar da extinção do crédito, nos termos do Ato Declaratório nº 96/99 do Secretário da Receita Federal.

A interessada, tendo manifestado a sua inconformidade à DRJ em São Paulo - SP, repisando os mesmos argumentos, teve a sua solicitação indeferida, à fl. 86, sob a alegação de que o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito, havendo inteira concordância com o despacho decisório citado no tocante ao mencionado prazo.

A questão central da presente lide cinge-se ao pleito de que seja acolhido o pedido de restituição/compensação de créditos que a recorrente alega ser possuidora 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 sede de Recurso Extraordinário.

Antes de adentra-se no mérito da pretensão da reclamante, impende seja averiguada a questão da decadência do direito por ela pleiteado. É de bom alvitre esclarecer que, muito embora exista divergência doutrinária quanto à natureza do prazo para repetição do indébito - se decadencial ou prescricional - para o deslinde da matéria em apreço, esse questionamento não apresenta qualquer relevância, razão pela qual não será aqui abordado.

A autoridade singular indeferiu o pleito da recorrente por considerar caduco o direito pretendido, vez que o pedido de repetição do indébito fora feito após transcorrido cinco anos da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado do tributo a repetir.

O pedido de compensação, referente aos períodos compreendidos entre janeiro de 1988 e dezembro de 1991, fora entregue à repartição competente em 08 de outubro de 1999.

Como bem salientou a Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, no voto proferido quando do julgamento do Recurso Voluntário nº 116.462, o qual utilizo para fundamentar minha decisão, a controvérsia acerca do prazo para a compensação ou restituição de tributos e contribuições federais, quando tal direito decorra de situação jurídica conflituosa, na



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

qual se tenha por definido ser indevido o tributo, foi muito bem enfrentada 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 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:

'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

H



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

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 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 nº 141.331-0 em que foi relator o Ministro Francisco Resek, em julgado assim ementado:



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

'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)''.

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. Pois, no caso da 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 demarcador 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. Isto porque, através daquela norma legal, 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.

A meu ver, com a edição da Medida Provisória referida, foi reconhecido ser indevido o pagamento da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas majoradas, com efeito *erga omnes*. Assim, cabível o pedido de restituição/compensação, que foi protocolizado em 08 de outubro de 1999, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95.

Como inicialmente enfatizado, a pedra angular do litígio posto nos autos cinge-se ao pedido de repetição de indébito referente à Contribuição para o FINSOCIAL que a recorrente alega ter recolhido a maior, em alíquotas superiores a 0,5%. Na decisão de primeira instância, o julgador conheceu da manifestação de inconformidade apresentada pela interessada e a julgou improcedente, sob o argumento de decadência do direito de repetição dos indébitos pleiteados, sem manifestar-se sobre o mérito da questão. Em homenagem ao duplo grau de jurisdição, é defesa a apreciação, pelo julgador de segunda instância, de matéria não enfrentada pela autoridade julgadora *a quo*, 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 de primeira instância acerca do mérito do litígio faz-se por demais importante, pois será feita a aferição do eventual direito à restituição/compensação pedida.



Processo nº : 10880.030353/99-89
Recurso nº : 116.605
Acórdão nº : 202-14.067

Diante do exposto, voto no sentido de anular-se o processo a partir da decisão recorrida, inclusive, para que outra seja proferida, apreciando, desta feita, as razões de mérito trazidas pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões, em 21 de agosto de 2002


HENRIQUE PINHEIRO TORRES