



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

Recorrente : F. J. DAMASCENO & CIA. LTDA.
Recorrida : DRJ em Campo Grande - MS

NORMAS PROCESSUAIS - REPETIÇÃO DE INDEBITO - 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 da matéria de mérito, anula-se a decisão de primeira instância, devendo outra ser proferida, em homenagem ao duplo grau de jurisdição.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: F. J. DAMASCENO & CIA. 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 junho 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 Olimpio Holanda e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Eaal/cf



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

Recorrente : F. J. DAMASCENO & CIA. LTDA.

RELATÓRIO

A empresa acima identificada, nos autos qualificada, apresentou à Delegacia da Receita Federal em Três Lagoas/MS pedido de restituição/compensação, referente às parcelas da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, recolhidas em alíquotas superiores a 0,5%, com valores devidos e vincendos de outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Pelo Despacho Decisório nº 016/2000, o Delegado da DRF em Campo Grande - MS indeferiu a restituição/compensação pleiteada (fls. 73/75).

Tempestivamente, a interessada apresentou manifestação de inconformidade contra o indeferimento do pleito (fls. 78/90).

A autoridade monocrática manteve o entendimento do r. despacho denegatório, ementando, assim, sua decisão (fls. 93):

"Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição/compensação 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, mesmo quando se tratar de pagamento com base em lei declarada inconstitucional pelo STF.

"SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 99/122), alegando, em síntese, que:

- a) o prazo para a contribuinte reaver o tributo pago a mais é de prescrição, e não de decadência;
- b) a contribuinte não pleiteou a restituição, mas, sim, a compensação de tributos pagos indevidamente;
- c) ao declarar inconstitucional as majorações de alíquotas da Contribuição ao FINSOCIAL (elevadas de 0,5 para 2%), a partir da CF/88, o STF viabilizou às empresas perspectivas de compensação dos valores pagos indevidamente, naquilo que excederam à alíquota de 0,5%;
- d) em decisão proferida nos autos do Resp nº 134.804-DF, o STJ manifestou-se pelo entendimento de que, por falta de previsão legal, a compensação de tributos lançados por homologação independe de pedido do contribuinte à Receita Federal;
- e) firmou-se no STJ a jurisprudência de que, nas ações em que versem 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), mais 05 (cinco) anos da prescrição do direito de o contribuinte reaver tributo pago a maior e/ou indevidamente (art. 168, I, do CTN); //



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

- f) de acordo com o art. 9º do DL nº 2.049/83, a prescrição para a ação da cobrança da Contribuição ao FINSOCIAL é de 10 (dez) anos. No mesmo sentido reza o art. 122 do Decreto nº 92.698/86, dispondo que o prazo para pleitear a restituição extingue-se também em 10 (dez) anos;
- g) o prazo prescricional para o pleito de repetição ou de compensação inicia-se imediatamente após a homologação (expressa) pelo Fisco ou passado o quinquênio reservado ao Fisco para essa providência (homologação ficta), a partir da ocorrência do fato gerador;
- h) balizando seus argumentos de defesa, a contribuinte cita textos de ilustres estudiosos do assunto, como: Aliomar Baleeiro, Alberto Xavier e Agnelo Amorim Filho, que estabelecem a distinção entre os institutos jurídicos da decadência e da prescrição; e
- i) a interessada aduziu também razões sobre a origem do indébito e o seu direito à compensação, com base nos princípios constitucionais de cidadania, justiça, isonomia e propriedade, concluindo que o direito material não se extinguiu com o tempo, razão pela qual cabe a compensação pleiteada.

É o relatório. ✍



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES

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

A questão central da presente lide cinge-se ao pedido de restituição/compensação de créditos que a recorrente alega possuir junto à Fazenda Pública, por ter efetuado recolhimentos da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas superiores a 0,5%, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE.

Antes de adentrar-se no mérito da pretensão da reclamante, impende seja averiguada a questão da decadência do direito 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 -, esse questionamento não apresenta qualquer relevância para o deslinde da lide, 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 transcorridos cinco anos da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado do tributo a repetir.

O pedido de compensação, referente ao período compreendido entre janeiro/1990 e março/1992, fora entregue à repartição competente em 16 de dezembro de 1999.

Como bem salientou a Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda no voto proferido por ocasião 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 qual se tenha por 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 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:



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

'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 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 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*



Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

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

No caso da Contribuição para o FINSOCIAL, em que a declaração de inconstitucionalidade da majoração de alíquotas, pelo Supremo Tribunal Federal, 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 de edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/95, reeditada sucessivamente 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, em 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 indevido o pagamento da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas majoradas, com efeito *erga omnes*. Assim, cabível o pedido de restituição/compensação protocolizado em 24 de fevereiro de 2000, antes, portanto, de transcorridos os cinco anos da data de edição da Medida Provisória nº 1.110/95.¹

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 indeferiu o pleito sob o argumento de decadência do direito de repetição dos indébitos, sem, contudo, manifestar-se sobre o mérito da questão. Em homenagem ao duplo grau de jurisdição, é vedada 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-se uma instância.

Na espécie, mister se faz a manifestação do julgador singular acerca da questão de mérito do litígio, onde será feita a aferição do eventual direito à restituição/compensação pleiteada.

¹ O entendimento aqui expendido foi extraído do voto da Conselheira Ana Neyle Olímpio Holanda, na apreciação do Recurso Voluntário nº 116.462 que deu origem ao Acórdão nº 202-13.817, de 22/05/2002.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

124
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13164.000224/99-02
Recurso nº : 116.128
Acórdão nº : 202-13.866

Diante do exposto, voto no sentido de anular 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 19 de junho de 2002.


HENRIQUE PINHEIRO TORRES