



Processo nº : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

Recorrente : CEREALISTA MARCELO COM. E IND. LTDA.
Recorrida : DRJ em Juiz de Fora - MG

NORMAS PROCESSUAIS - 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 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: **CEREALISTA MARCELO COM. E IND. 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.

[Assinatura]
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 : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

Recorrente : CEREALISTA MARCELO COM. E IND. LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever os fatos, adoto e transcrevo o Relatório de fls. 39/40 que compõe a decisão de primeira instância:

"A contribuinte acima identificada requereu à fl. 01, com juntada de documentos de fls. 02/23, a compensação de valores recolhidos a título de Contribuição para o Finsocial, referentes aos pagamentos das quantias excedentes à alíquota de 0,5% (meio por cento) efetuados no período de 14/11/1989 a 18/12/1991, conforme DARF de fls. 07/15 e demonstrativo de fl. 05, com complementação do pedido de fl. 35.

O Despacho Decisório SASIT/DRF/VGA nº 10660.399/2000 (fls. 27/28), exarado pela Delegacia da Receita Federal em Varginha/MG em 22/05/2000, indeferiu a solicitação da interessada, em síntese, com base no decurso do prazo decadencial previsto no art. 168 da Lei nº 5.172/1966 (CTN) e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999.

A interessada manifestou sua inconformidade às fls. 30/33, argumentando, em resumo, que:

- a) com base na declaração de inconstitucionalidade das majorações da alíquota do FINSOCIAL, promovidas pelas Leis nº 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, e ainda no que determina a MP nº 1.542-21/97, seu crédito relativo aos recolhimentos a maior, gerado pelas diferenças de alíquotas, é devido e de direito;*
- b) pela conjugação dos artigos 165, I; 168, I e 156, VII, do CTN, o prazo decadencial da exigibilidade do indébito é de 10 anos, como já assentou o STJ ao tratar do empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis (Embargo de Divergência em Resp. nº 47.720-5);*
- c) percebe-se, na redação dos artigos supracitados, que, embora o crédito tenha sido extinto pela decadência em 5 anos, é a partir daí que se contam mais cinco anos para pleitear a restituição, totalizando 10 anos a partir do fato gerador;*
- d) o legislador, neste momento, preocupou-se exatamente em garantir o direito do contribuinte reaver o que pagou indevidamente, embora o crédito já decadente, diante de uma inconstitucionalidade;*
- e) o indeferimento do pedido caracteriza confisco, ferindo o artigo 150, IV, da Constituição Federal."*

Da análise dos elementos constitutivos dos autos, o Delegado da DRJ em Juiz de Fora - MG manteve o indeferimento do pleito, nos termos da ementa de fl. 39 que se transcreve:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/10/1989 a 31/10/1991

Ementa: COMPENSAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. O direito de pleitear a compensação extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da



Processo nº : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

data de extinção do crédito tributário, assim entendido como pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Em tempo hábil, a interessada interpôs Recurso Voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes (fls. 48/52), reiterando os argumentos trazidos na peça impugnatória. Aduz, ainda, que:

- a) nos termos do artigo 1.009 do Código Civil, quando duas pessoas são ao mesmo tempo credora e devedora uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem;
- b) por sua vez, o CTN estabelece que a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170);
- c) os requisitos necessários à compensação, disciplinados no art. 66 da Lei nº 8.383/91, foram todos cumpridos pela contribuinte;
- d) retardar o ressarcimento legítimo da contribuinte implica imputar-lhe pesado fardo provocado pelo efeito corrosivo da inflação; e
- e) cita decisões do STJ que reconhecem o seu direito à incidência de correção monetária nas compensações pleiteadas. Em casos de repetição de indébito ou compensação, não são aplicadas as regras do artigo 166 do CTN. A prescrição ocorre após o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

É o relatório. //



Processo nº : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

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 novembro/1989 e novembro/1993, fora entregue à repartição competente em 10 de maio de 2000.

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 inserido 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



Processo n.º : 13660.000052/00-73
Recurso n.º : 116.524
Acórdão n.º : 202-13.891

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 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*



Processo nº : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

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 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.

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. *ff*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

342
2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13660.000052/00-73
Recurso nº : 116.524
Acórdão nº : 202-13.891

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.

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