MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 15 / 04 / 2003
Rubrica

Processo nº : 13804.001097/00-65
Recurso nº : 119.295
Acórdão nº : 202.14.177

Recorrente : G. F. FACAS DE CORTE E VINCO LTDA.
Recorrida : DRJ em Curitiba - PR

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 M.P. nº 1.110, 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: G. F. FACAS DE CORTE E VINCO 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 18 de setembro de 2002

Henrique Pinheiro Torres
Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Adolfo Montelo, Raimar da Silva Aguiar, Ana Neyle Olímpio Holanda, Adriene Maria de Miranda (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.
Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt e Gustavo Kelly Alencar.
Eaal/ovrs

Processo nº : 13804.001097/00-65
Recurso nº : 119.295
Acórdão nº : 202.14.177

Recorrente : G. F. FACAS DE CORTE E VINCO LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição/compensação da Contribuição para o Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, protocolizado pela interessada em 28/04/2000, fl. 01, em virtude de recolhimentos efetuados a maior, nos períodos de março/1990 a março/1992, com base nas alíquotas superiores a 0,50%, consideradas inconstitucionais pelo STF.

O pleito foi instruído com: declaração, fl. 10, que se trata de pedido originário, que o valor pleiteado ainda não foi compensado e que a matéria não está sendo discutida no Judiciário; DARF comprobatórios do recolhimento efetuado, fls. 11/19; cópias das DIRPJ relativas aos anos-calendários de 1992 a 1994, fls. 22/33; e demonstrativos contendo as bases de cálculo dos períodos-base de janeiro/1990 a dezembro/1991, fls. 20/21.

A DRF em São Paulo - SP indeferiu o pleito da contribuinte, através do Despacho Decisório s/nº, fls. 45/46, sob o argumento de que já havia transcorrido o prazo decadencial de cinco anos para pedido de restituição quando foi protocolado o pedido, com base no disposto nos arts. 165, inciso I, e 168, inciso I, do CTN e no AD SRF nº 96/1999.

Irresignada, a empresa interpôs, tempestivamente, manifestação de inconformidade dirigida à DRJ em Curitiba - PR, fls. 49/51, em 19/03/2001, alegando em seu favor, em síntese:

1) é distorcida a solução proposta pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.538, de 28/10/1999, adotado na decisão; e

2) de acordo com jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, cita o Acórdão nº 108-05.791, o pagamento indevido, diante da inconstitucionalidade da lei criadora da contribuição, somente se materializa com o reconhecimento da impertinência tributária, que no caso em tela, deu-se com a edição da MP nº 1.110, de 30/08/1995.

Requer, por fim, a reforma da decisão proferida.

Manifestando-se às fls. 53/57 a DRJ em Curitiba-PR manteve a Decisão anterior, indeferindo a solicitação da requerente sob o argumento de que *"o prazo decadencial para que se possa pedir restituição de tributos ou contribuições pagas indevidamente ou em 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 05 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário"*. Utilizou como base legal para arrimar sua decisão os arts. 165, inciso I, e 168, inciso I, do CTN e o AD SRF nº 96/1999.

Processo nº : 13804.001097/00-65
Recurso nº : 119.295
Acórdão nº : 202.14.177

A requerente interpôs, tempestivamente, 25/10/2001, recurso voluntário ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 60/67, apresentando com argumentos a seu favor, em síntese, que:

1) o AD SRF nº 96/1999 tem como fundamento o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, em detrimento ao seu próprio entendimento sobre a matéria externada no Parecer COSIT nº 58/98, que considera, no caso de crédito decorrente de lei declarada inconstitucional, o prazo de decadência para pedido de restituição de pagamentos efetuados a maior ou indevidos é de cinco anos, contados a partir da data de publicação da Resolução do Senado Federal que retirou a lei do ordenamento jurídico, ou a partir da edição de ato específico do Secretario da Receita Federal; e

2) idêntico entendimento foi proferido pela Superintendência Regional da Receita Federal – 7ª Região Fiscal no Processo de Consulta nº 192/99;

Tece comentários acerca do retrocitado Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 e cita o Acórdão nº 108-05.791, proferido pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, que explicita o entendimento de que o prazo decadencial para desconstituir a indevida incidência, decorrente de solução jurídica conflituosa, só tem início com a decisão definitiva da controvérsia que pode ser dada por Resolução do Senado, edição de Medida Provisória ou ato administrativo que reconheça a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.

Requer, por fim, a reforma da decisão anteriormente proferida pela DRJ em Curitiba-PR.

É o relatório.

Processo nº : 13804.001097/00-65
Recurso nº : 119.295
Acórdão nº : 202.14.177

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 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 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 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 transcorridos cinco anos da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado do tributo a repetir.

O pedido de compensação, referente aos períodos compreendidos entre março/1990 e março/1992, fora entregue à repartição competente em 28 de abril de 2000.

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 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 do 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 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 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)."*

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 19 de fevereiro de 1998, 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.

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 18 de setembro de 2002

HENRIQUE PINHEIRO TORRES