



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

Recorrente : MAGAZINE OSMAR LTDA.
Recorrida : DRJ em Ribeirão Preto - SP

FINSOCIAL – PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO SOBRE RECOLHIMENTOS EFETUADOS COM BASE EM ALÍQUOTAS DETERMINADAS INCONSTITUCIONAIS - PRAZO DECADENCIAL - Se o indébito se exterioriza a partir da declaração de inconstitucionalidade das normas instituidoras do tributo, surge para o contribuinte o direito à sua repetição, independentemente do exercício financeiro em que se deu o pagamento indevido (entendimento baseado no RE nº 141.331-0, Rel. Min. Francisco Rezek). Vez que o sujeito passivo não pode perder direito que não poderia exercer, 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 (MP nº 1.110/95, de 31/08/95).

COMPENSAÇÃO - Não havendo análise do pedido pelo julgador singular, 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: MAGAZINE OSMAR 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

[Assinatura]
Henrique Pinheiro Torres
Presidente

[Assinatura]
Ana Neyle Olímpio Holanda
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro, Eduardo da Rocha Schmidt, Valmar Fonseca de Menezes (Suplente), Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Adolfo Montelo.

Eaal/cf/mdc



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

Recorrente : MAGAZINE OSMAR LTDA.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição e de compensação de valores que o sujeito passivo teria recolhido a maior, referentes à Contribuição para o Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, recolhidos a alíquotas superiores a 0,5%, correspondentes ao período de fevereiro/1990 a março/1992.

A peticionante pleiteia a restituição/compensação dos valores supra-referidos com aqueles vincendos na forma do Sistema Integrado de Pagamentos de Impostos e Contribuições, denominado SIMPLES.

Juntamente como o pedido inicial, sujeito passivo trouxe aos autos o Arrazoadado de fls. 24/35, em que tece considerações acerca da declaração de inconstitucionalidade do recolhimento da Contribuição para o FINSOCIAL, das empresas vendedoras de mercadorias ou mistas, em alíquota superior a 0,5%, no julgamento do RE nº 150.764-1/PE, defende o direito à compensação pleiteada e anexa as Planilhas de fls. 21/23, em que são apresentados comparativos entre os valores recolhidos com as alíquotas majoradas e aqueles devidos tendo por base o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Anexa, também, a legislação de regência da contribuição e da compensação, cópias do Contrato Social, cópia do Termo de Opção pelo SIMPLES e cópias das declarações de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ, referentes aos períodos de 1990 a 1992.

A DRF em Araçatuba/SP, por meio da Decisão nº 10820/247/00 (fls. 87/89), deliberou no sentido de indeferir a compensação pleiteada, sob o argumento de que, considerando-se o artigo 168 do Código Tributário Nacional, ocorrera a decadência do direito de pleitear a restituição dos valores pagos, vez que o prazo determinado pela lei seria de 05 (cinco) contados da data da extinção do crédito tributário.

O sujeito passivo apresentou impugnação ao ato supra referido, alegando, em apertada síntese, o seguinte:

1. que foi pleiteada a compensação dos valores pagos a maior, sendo que, por exigência da autoridade preparadora, o pedido de compensação é precedido pelo pedido de restituição; tal fato deve ter ocasionado o equívoco cometido pela DRF/Araçatuba/SP, tratando como decadência o que é prescrição;
2. que a declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquotas em índices superiores a 0,5% viabilizou a perspectiva de compensar os valores pagos a maior;
3. que o Fisco, por meio das IN SRF nºs 21/97 e 31/97, validou a compensação de débitos da COFINS com valores pagos a maior de Contribuição para o FINSOCIAL, admitindo que os contribuintes que ainda não efetuaram a compensação referida pudessem fazê-la mesmo sem estar amparados por decisão favorável obtida em processo administrativo ou judicial;

A 2



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

4. que a compensação pleiteada encontra amparo no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, disciplinada pelo Decreto nº 2.138/97, além de estar respaldada em vários mandamentos constitucionais;
5. traz extenso arrazoado acerca das diferenças entre a prescrição e a decadência, distinguindo-as; e
6. na conclusão, enfatiza que o direito material não se extinguiu pelo tempo, por isso, cabível a compensação pleiteada.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por manter o indeferimento da solicitação, por entender que o direito de pleitear a restituição questionada teria sido extinto com o decurso de 05 (cinco) anos da data da extinção do crédito tributário, assim entendido como o pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação. Também, enfatizou não serem as instâncias foro competente para discussão da constitucionalidade das leis.

Irresignada com a decisão singular, a interessada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, trazendo os seguintes argumentos de defesa:

1. repisa que foi pleiteada a compensação dos valores pagos a maior, sendo que, por exigência da autoridade preparadora, o pedido de compensação é precedido pelo pedido de restituição, enfatizando as diferenças entre os dois institutos e afirmando que tal fato deve ter ocasionado o equívoco cometido pela DRF/Araçatuba/SP, tratando como decadência o que é prescrição;
2. que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que nas ações em que versem tributos lançados por homologação, o prazo para reaver pagamentos efetuados indevidamente é de 10 (dez) anos, sendo 05 (cinco) anos para a Fazenda homologar o lançamento, mais 05 (cinco) anos da prescrição do direito do contribuinte para reaver tributo pago a maior ou indevidamente;
3. que o Decreto-Lei nº 2.049/83 determina que a prescrição para a cobrança da Contribuição para o FINSOCIAL é de 10 (dez) anos, o que deve ser aplicado quando se tratar de restituição de valores pagos a maior;
4. que o Decreto nº 92.698/86, regulamentando a matéria pertinente à Contribuição para o FINSOCIAL, em seu artigo 22, dispõe que o prazo para pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de 10 (dez) anos contados da data do pagamento ou recolhimento indevido;
5. que, por força do princípio da *actio nata*, o prazo prescricional tem seu *dies a quo* na data da publicação do acórdão do STF que declarar a inconstitucionalidade da lei que instituiu o gravame indevidamente pago como tributo, colacionando manifestação jurisprudencial neste sentido;
6. reapresenta o arrazoado acerca das diferenças entre a prescrição e a decadência, distinguindo-as;



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

7. reforça que o direito à compensação pleiteada encontra amparo no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, disciplinada pelo Decreto nº 2.138/97, além de estar respaldada em vários mandamentos constitucionais; e
8. na conclusão, reaviva a argumentação de que o direito material não se extinguiu pelo tempo, por isso, cabível a compensação pleiteada, e, ao final, pugna pela reforma da decisão *a quo*.

É o relatório.



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA

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

A questão central do dissídio posto nos autos 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. Pleiteia a compensação de tais diferenças com valores devidos a título de diversos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.

Entretanto, preliminarmente ao dissídio fulcral, impende que seja averiguada a questão da decadência do direito de compensação dos valores que a recorrente argumenta ser credora.

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 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 : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

'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

J
6



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

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, cabíveis os pedidos de restituição e de compensação, que foram protocolizados em 21 de dezembro de 1999, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95.



Processo nº : 13821.000004/00-12
Recurso nº : 116.462
Acórdão nº : 202-13.817

Como inicialmente enfatizado, o cerne do dissídio posto nos autos cinge-se a pedidos de restituição e de compensação de valores referentes à Contribuição para o FINSOCIAL, que a recorrente alega ter recolhido a maior, em alíquotas superiores a 0,5%. Na decisão monocrática, o julgador resolveu conhecer da impugnação apresentada e julgar improcedente a solicitação, face à decadência do direito de repetição dos indébitos pleiteados, o que implicou em que a matéria de mérito não fosse objeto de análise por parte da decisão singular. Em homenagem ao duplo grau de jurisdição, é defesa a apreciação, pelo julgador de segunda instância, de matéria não enfrentada pela autoridade julgadora monocrática, 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 singular acerca do mérito do litígio faz-se por demais importante, pois será feita a aferição do eventual direito à restituição/compensação pedida.

Com essas considerações, voto no sentido de que a decisão de primeira instância seja anulada, bem como os atos dela decorrentes, para que outra seja proferida, apreciando, desta feita, as razões de mérito trazidas pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões, em 22 de maio de 2002 //

Ana Neyle Olimpio Holanda
ANA NEYLE OLÍMPIO HOLANDA