



Processo nº : 13830.001401/99-23

Recurso nº : 119.077

Acórdão nº : 202-14.201

Recorrente : IRMÃOS HEREDIA 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 exercitar, 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/RESTITUIÇÃO - Não havendo análise do pedido pelo julgador de primeiro grau, 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: IRMÃOS HEREDIA 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

Dalton Cesar Cordeiro de Miranda
Relator

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



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

Recorrente : IRMÃOS HEREDIA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria de que trata este processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 29 a 33:

"O interessado solicitou restituição dos valores da Contribuição para o Fundo de Investimento Social (Finsocial) excedentes à aplicação da alíquota de 0,5%, nos períodos de apuração de Junho/1990 a Março/1992 (fls. 01/02).

Considerando ter sido o pedido do contribuinte alcançado pela decadência a Delegacia da Receita Federal (DRF) de Marília, por meio da decisão Sasit nº 2000/798, indeferiu seu pleito.

Inconformado, o interessado apresentou a impugnação de fls. 20/26, pleiteando a reforma da decisão recorrida, de forma que reste acatado o pedido de restituição originariamente formulado, alegando, em resumo, o seguinte:

- no julgamento do RE nº 150.764-1-PE o Supremo Tribunal Federal decidiu que a Contribuição ao Finsocial, até sua extinção, é devida à alíquota de 0,5%; em decorrência foi editada a Medida Provisória nº 1.110/1995 que em seu art. 17, III, cancelou o lançamento de crédito tributário correspondente ao tributo ora em questão;

- o prazo decadencial começa a correr da data da Medida Provisória nº 1.110, de 30/08/1995, que dispensou a constituição de créditos tributários e o ajuizamento de ações fiscais, bem assim cancelou os lançamentos de contribuição ao Finsocial;

- houve situações em que a administração reconheceu o direito à compensação/restituição da contribuição ao Finsocial para contribuintes, o que afronta o princípio da igualdade constitucionalmente preconizado;

- houve ofensa ao princípio da irretroatividade da norma jurídica, haja vista ter o Ato Declaratório 96/1999 sido expedido após o pleito do contribuinte ter sido apresentado;

Ao final, propugnou pela reconhecimento (sic) de seu direito à restituição, bem assim a correção de seus créditos nos termos da Norma de Execução SRF/Cosit/Cosar 08/1997."



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por manter o indeferimento da solicitação, mediante a dita decisão assim ementada:

"Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/06/1990 a 31/03/1992

Ementa: FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO OU A MAIOR. PRAZO EXTINTIVO.

O prazo para se pleitear restituição de tributo pago a maior extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção definitiva do crédito tributário.

Solicitação Indeferida".

Inconformada com a decisão singular, a interessada, tempestivamente, interpôs recurso voluntário, onde reapresenta os argumentos de defesa expendidos na impugnação, e, ao final, pugna pela reforma da decisão *a quo*. //

É o relatório.



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

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

O cerne da questão colocado nos autos cinge-se ao pleito de que seja acolhido o pedido de restituição/compensação de créditos que a recorrente alega ser detentora junto à Fazenda Pública, por ter efetuado recolhimentos a título de Contribuição para o FINSOCIAL, em alíquotas superiores a 0,5%, que tiveram sua constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/PE.

Pleiteia, ainda, a compensação de tais diferenças com valores devidos a título de COFINS vincenda, Contribuição administrada pela Secretaria da Receita Federal.

Do exame dos autos, vislumbra-se a questão da decadência do direito de compensação dos valores que a recorrente argumenta ser credora, que merece ser examinada preliminarmente.

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 delineada 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 escalação 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 //



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

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 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



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

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:

'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.

Nessa linha de raciocínio, entende-se que, quanto à Contribuição ao FINSOCIAL, o indébito restou exteriorizado por situação jurídica conflituosa, hipótese em que o pedido de restituição tem assento no inciso III do art. 165 do CTN, contando-se o prazo de prescrição a partir da data do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida, entendimento esse que contraria o recomendado pela Administração Tributária, no Ato Declaratório SRF n.º 96/99, baixado em consonância com o Parecer PGFN/CAT n.º 1.538, de 18/10/99, cujos atos administrativos, contrariamente ao que ocorre em



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

relação às repartições que lhe são afetas, não vinculam as decisões dos Conselhos de Contribuintes.

Para a formação do seu livre convencimento, o julgador deve se pautar na mais fiel observância dos princípios da legalidade e da verdade material, podendo, ainda, recorrer à jurisprudência administrativa e judicial existente sobre a matéria, bem como à doutrina de procedência reconhecida no meio jurídico-tributário.

No que diz respeito a 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 marco inicial 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.

Através daquela norma legal (MP nº 1.110/95), 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.

Assim, foi reconhecido ser indevido o pagamento da Contribuição para o FINSOCIAL em alíquotas majoradas, respectivamente, para 1%, 1,20% e 2%, com base nas Leis nºs 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, com efeito *erga omnes*, portanto, é cabível o pedido de restituição/compensação, que foi protocolizado em 19 de outubro de 1999, antes de transcorridos os cinco anos da data da edição da Medida Provisória nº 1.110/95, publicada em 31/08/1995.

Ressalte-se, ainda, que, relativamente à contribuição em pauta, o direito supra foi expressamente estabelecido no art. 122 do Decreto nº 92.698, de 21/05/86, cujo dispositivo, com base no art. 9º do Decreto-Lei nº 2.049/83, determina:

"Art. 122. O direito de pleitear a restituição da contribuição extingue-se com o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contados (Decreto-lei nº 2.049/83, art. 9º):

I – da data do pagamento ou recolhimento indevido;

II – [...]."

Na decisão de primeiro grau, 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.

11



Processo nº : 13830.001401/99-23
Recurso nº : 119.077
Acórdão nº : 202-14.201

Em homenagem ao duplo grau de jurisdição, é defeso 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.

Mediante o exposto, e o que dos autos consta, nessa ordem de juízos, voto no sentido de que não ocorreu a prescrição do direito ao indébito e que a decisão de primeira instância seja anulada, e os atos dela decorrentes, para que outra seja proferida, apreciando, desta feita, as razões de mérito trazidas à colação, devendo a autoridade preparadora do processo reapreciar o pedido da recorrente, nos termos deste julgado.

Sala das Sessões, em 18 de setembro de 2002


DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA //