



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

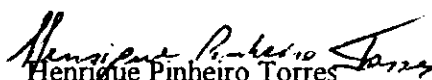
Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A - TELEBRÁS
Recorrida : DRJ em Brasília - DF

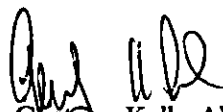
**NORMAS PROCESSUAIS. RESTITUIÇÃO. DECA-
DÊNCIA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.** O prazo prescri-
cional para a restituição de tributos considerados inconstitu-
cionais tem por termo inicial a data da declaração de
inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou o gravame.
Pelo respeito ao princípio do Duplo Grau de Jurisdição, questões
não apreciadas pela autoridade de primeiro grau devem sê-lo,
razão pela qual **anula-se o processo a partir da decisão de
primeira instância, inclusive.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A – TELEBRÁS.

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 11 de junho de 2003


Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Gustavo Kelly Alencar
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Antônio Carlos Bueno Ribeiro,
Eduardo da Rocha Schmidt, Ana Neyle Olímpio Holanda, Raimar da Silva Aguiar, Nayra Bastos
Manatta e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

cl/opr



Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

Recorrente : TELECOMUNICAÇÕES BRASILEIRAS S/A - TELEBRÁS

RELATÓRIO

Apresentou o Recorrente em 18.12.1997 pedido administrativo de restituição de valores recolhidos a título da Contribuição para o PASEP, com base nos Decretos-Leis nºs 2.448/88 e 2.449/88, considerados inconstitucionais pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, retirados do ordenamento jurídico pátrio pelo Senado Federal.

Encaminhado seu pedido à Delegacia da Receita Federal em Brasília/DF, foi o mesmo indeferido, às fls. 104/106, sob a alegação de decadência do prazo para restituição.

Irresignado, o Contribuinte apresenta impugnação, às fls. 108/125, na qual informa que o pedido se refere à contribuição para o PASEP, e não para o PIS como erroneamente afirmado na decisão impugnada; tece comentários acerca da prescrição e da decadência de créditos tributários, e por fim, pleiteia a inclusão dos chamados expurgos inflacionários em seu pedido.

Contudo, a decisão de fls. 135/138, abaixo ementada, mantém a decisão impugnada, ensejando o Recurso Voluntário que neste momento se julga:

“ Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 31/07/1988 a 31/12/1991

Ementa: Repetição de indébito – Decurso de Prazo – O direito de pleitear reconhecimento creditório sobre tributo ou contribuição paga indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância aos princípios da estrita legalidade tributária e da segurança jurídica.

Solicitação Indeferida”.

É o relatório.



Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GUSTAVO KELLY ALENCAR**

Por tempestivo e regularmente formal, preenchendo os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Em seu recurso, o Contribuinte cuida de duas questões: o prazo de prescrição/decadência de tributos pagos e posteriormente considerados inconstitucionais e a inclusão dos chamados Expurgos inflacionários, decorrentes dos diversos planos econômicos ocorridos no País nos últimos anos.

DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA PARA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO DE TRIBUTOS PAGOS INDEVIDAMENTE

O indébito aqui tratado decorre de declaração de inconstitucionalidade, ocorrida em caráter *erga omnes*, de dispositivos legais que modificaram significativamente a sistemática de apuração e recolhimento da contribuição para o Programa de interação Social – PIS.

Ao considerar prescritos todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte anteriormente a 18.12.1992 – cinco anos anteriores à protocolização do pedido de restituição via compensação –, a decisão recorrida fundamentou-se principalmente no Ato Declaratório SRF nº 096/99, que considera como *dies a quo* do prazo prescricional relativo a pedidos de restituição de tributos pagos indevidamente com base em lei posteriormente declarada inconstitucional a data de extinção do crédito tributário, nos termos dos artigos 165, I e 168, I, do CTN.

Contudo, tal entendimento vai de encontro não só aos efeitos práticos da declaração de inconstitucionalidade das normas, mas também ao próprio conceito de “extinção do crédito tributário”. Vejamos:

Quando a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de determinada norma, está, por assim dizer, agindo como autêntico legislador negativo. Em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*¹, assim assevera J.J. Gomes Canotilho:

“... no caso de sentenças judiciais de inconstitucionalidade estamos perante sentenças judiciais com força de lei (Richterrecht mit Gesetzeskraft).”

O Ilustre Jurista Marco Aurélio Greco, em novel obra recém publicada, assim dispõe sobre a declaração de inconstitucionalidade das normas pelo Supremo Tribunal Federal:

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição. Almedina: Coimbra 2000, p. 994.



Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

"(...) Isto, pois a pronúncia de invalidade constitucional de uma norma tem, como regra geral, efeito constitutivo retroativo, vale dizer, é juízo que retira a presunção de validade da norma ou reconhece a sua invalidade de forma definitiva, fazendo retroagir os efeitos de tal decisão até o momento de edição da norma, no sentido de reparar todos os atos praticados sob a sua égide, desde que lesivos a direitos individuais, já que a inconstitucionalidade de uma norma não pode servir para beneficiar o próprio Estado que produziu tal norma. Esta, aliás, é a linha jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal para amainar o efeito retroativo das declarações de inconstitucionalidade.

O efeito retroativo não se dirige à existência da norma, mas à sua validade. Ou seja, a declaração de inconstitucionalidade não implica afirmar que a norma nunca existiu. Pelo contrário, esta decisão, em si, já é o expresse reconhecimento de que a norma existiu até o momento em que teve sua validade retirada pelo Supremo Tribunal Federal.

*(...) "*²

Isto posto, ainda que à primeira análise tenha-se a – válida, ressalte-se – idéia de se vincular a repetição do indébito tributário estritamente às normas do Código Tributário Nacional, como pretende a decisão recorrida, amparada pela orientação Fazendária, fazê-lo é um contra-senso à realidade prática, vez que as normas gerais de direito tributário previstas no referido dispositivo prevêm sua aplicação a normas acessórias válidas e plenamente eficazes, o que não ocorre no caso de dispositivos declaradamente inconstitucionais.

Desta forma, a aplicação hermética e singular do disposto nos artigos 165 e 168 do CTN à repetição do indébito tributário decorrente de declaração de inconstitucionalidade se mostra incabível na espécie. Deve-se, ao contrário, analisar-se a natureza jurídica do referido indébito, qual seja, a própria declaração de inconstitucionalidade, a fim de que se obtenha a correta aplicação da realidade jurídica à realidade fática.

Para tal, há que se verificar dois momentos, quais sejam, o pagamento em si, e o instante em que o mesmo se torna indevido, vez que, ao ser realizado em observância formal e material à legislação vigente à época, o mesmo era estritamente legal e produziu efeitos no mundo jurídico, vindo a perder este *status* somente após a decisão que retirou a validade da norma que o regia.

E a jurisprudência administrativa não se posiciona de forma diversa:

"Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos, devendo tomá-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do

² GRECO, Marco Aurélio – Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do indébito. São Paulo: Dialética, 2002. p. 33



Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

Senado Federal, que deu efeitos - erga omnes - à declaração de inconstitucionalidade da pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade. "

Primeiro Conselho de Contribuintes - Ac. Nº 107-05962, Rel. Cons. Natanael Martins, DOU 23/10/2000, p. 9".

E, por fim, a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais:

"Decadência. Pedido de Restituição. Termo Inicial.

Em caso de conflito quanto à inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se:

a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIn;

b) da Resolução do senado que confere efeito 'erga omnes' à decisão proferida 'inter partes' em processo que reconhece inconstitucionalidade de tributo;

c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária. "

Ac. CSRF/01-03.239, sessão de 19 de março de 2001 Tal posição inclusive é amparada pela própria Secretaria da Receita Federal, através do Parecer Cosit nº 58/98, o qual afirma:

"25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável: que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes da lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos. "

Assim, nos parece confirmada nossa posição no sentido de que não se deve ater-se somente aos elementos contidos no CTN, devendo-se observar também os elementos acima elencados quando da verificação do termo inicial do prazo para pleitear-se a restituição de tributos pagos indevidamente.

Outrossim, ainda que se desconsiderasse o termo inicial da perda de eficácia da norma inconstitucional, analisando-se somente a questão pelo segundo prisma citado - o conceito de "extinção do crédito tributário", verificar-se-ia que, no caso de tributos lançados por homologação, o pagamento por si só não extingue o crédito, pois o mesmo ainda depende de homologação, expressa ou tácita, por parte do ente arrecadador, para que produza efeitos no mundo jurídico.

3 M



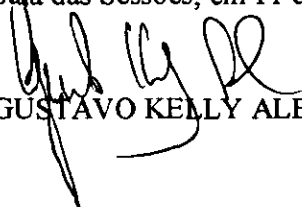
Processo nº : 10166.021446/97-26
Recurso nº : 123.340
Acórdão nº : 202-14.898

Vê-se então que o próprio CTN não dá validade à alegação fazendária de que o prazo consiste em “cinco anos contados do pagamento indevido”, nos remetendo novamente à unicidade do entendimento jurisprudencial que dispõe sobre o prazo para se pleitear a restituição de tributos pagos indevidamente.

Entretanto, como a Autoridade de Primeira instância sequer apreciou o mérito da questão aqui tratada, limitando-se a indeferir o pedido pelo transcurso do prazo, voto no sentido de se anular o processo a partir da decisão de primeira instância, inclusive, para que outra seja proferida desta feita com apreciação de todas as questões aqui levantadas.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de junho de 2003


GUSTAVO KELLY ALENCAR //