



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10725.720351/2008-84
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3301-005.717 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de fevereiro de 2019
Matéria PRAZO PARA PER/DCOMP
Recorrente INSTITUTO DE MEDICINA NUCLEAR E ENDOCRINOLOGIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Data do fato gerador: 13/10/1997

REPETIÇÃO DO INDÉBITO RECONHECIDO EM JUÍZO. DÍVIDA PASSIVA DA UNIÃO. PRAZO PRESCRICIONAL

Uma vez reconhecido judicialmente o direito a repetição do indébito na esfera judicial, forma-se o título executivo judicial, nascendo uma dívida passiva da União.

O título executivo pode ser executado na esfera judicial ou administrativa, inclusive pela via da compensação, desde que respeitados o prazo prescricional de 05 anos contados do ato que originou o crédito, qual seja, o transito em julgado da decisão judicial que reconheceu a dívida da Fazenda Pública, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

WINDERLEY MORAIS PEREIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

SALVADOR CÂNDIDO BRANDÃO JUNIOR - Relator.

(assinado digitalmente)

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Winderley Moraes Pereira (presidente da turma), Valcir Gassen (vicepresidente), Liziane Angelotti Meira, Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Semíramis de Oliveira Duro, Marco Antonio Marinho Nunes, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior

Relatório

Trata-se de uma declaração de compensação PER/DCOMP nº 20671.88956.170304.1.3.54-4661 (fls. 02-11) transmitido em 17/03/2004 com o objetivo de compensar com um débito de PIS faturamento para os períodos de janeiro/1999 até dezembro/1999 no montante total de R\$ 126.169,07.

A contribuinte informa um crédito inicial de R\$ 188.652,25 para os períodos de 31/07/1988 até 31/10/1994 decorrentes de pagamento indevido de PIS recolhidos na forma do Decreto-Lei nº 2.445/88 e Decreto-Lei 2.449/88 reconhecidos em decisão judicial transitada em julgado em 13/10/1997 no bojo da Ação Declaratória Ordinária nº 94.0038637-0 que tramitou perante a 01ª Vara Federal da Seção Judiciária de Campos dos Goytacazes.

Em 20/10/2008 a Secretaria da Receita Federal emitiu termo de intimação fiscal (fls. 18-19) para que a contribuinte apresentasse documentos, tais como decisão judicial transitada em julgado, declaração de que o título judicial não estava em execução na esfera federal, bem como uma planilha de cálculo mensal dos recolhimentos indevidos e os comprovantes de pagamento (DARF).

Por não ter recebido nenhuma resposta, a RFB emitiu termo de reintimação fiscal exigindo a apresentação dos referidos documentos (fls. 21-22), o qual também não foi atendido pela contribuinte.

Com isso, em 31/12/2008 a RFB emitiu despacho decisório (fl. 25) para não homologar a compensação realizada, mas fundando-se no art. 40 da Lei 9.784/1999, que prescreve o arquivamento do processo administrativo diante da falta de apresentação dos documentos solicitados para a apreciação da compensação realizada. Como consequência, enviou carta de cobrança para exigir o recolhimento do tributo declarado como débito na PER/DCOMP (fls. 27-28).

Notificada do despacho decisório em 09/01/2009, a contribuinte apresentou, no prazo legal, sua manifestação de inconformidade (fls. 30-35), trazendo argumentos que podem ser assim sintetizados:

- o art. 40 da Lei nº 9.430/1996 não autoriza a decisão de não homologação do crédito, mas sim de arquivamento do feito, aguardando-se nova provocação do interessado, uma que vez o arquivamento se dá como consequência da falta de atendimento das solicitações feitas pela administração (apresentação de documentos);

- que os documentos exigidos não são necessários para que o exame da compensação declarada, na medida em que a Receita Federal do Brasil já possui as informações e os dados necessários para tanto, como as declarações do tributo e os DARFs recolhidos em seu sistema e tal, verificação (existência do pagamentos- indevidos) poderia ser feita por Parte da Receita Federal do Brasil;

- quanto ao crédito, afirma que foi reconhecido por decisão judicial no processo nº 94.0038637-0 (1ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes/RJ), e como o processo é público, para atestar a existência da sentença e seu conteúdo, bastaria buscar no site do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, onde encontraria o inteiro teor do acórdão, bem como a data do trânsito em julgado;

- afirma que mesmo se não existisse ação ordinária buscando uma tutela jurisdicional, a Receita Federal do Brasil deveria reconhecer este direito de ofício diante, diante das reiteradas decisões do STF julgando inconstitucionais os Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88, bem como pela Resolução do Senado Federal nº 49/95 de 10 de outubro de 1995, que- suspendeu, *erga omnes*, a execução destas leis;

- no que se refere ao quantum do crédito, afirma que a Receita Federal do Brasil é capaz de apurar independentemente de apresentação de tabelas por parte do contribuinte, bastaria o agente fiscal ser mais diligente;

- como colaboração, junta os documentos solicitados na intimação (petição inicial, sentença, apelação, acórdão, certidão de trânsito em julgado, DARFs, declaração de débitos tributários e planilhas de cálculo) (fls. 46-105).

Em 29/08/2012 sobreveio o acórdão nº 12-49.207 proferido pela 16ª Turma da DRJ/RJ1 para julgar improcedente a manifestação de inconformidade apresentada em razão da prescrição do direito de apresentar o pedido na esfera administrativa (fls. 134-137):

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/1999

DIREITO CREDITÓRIO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL - PRAZO PARA EXECUÇÃO ADMINISTRATIVA DO TÍTULO JUDICIAL -

O prazo para execução do título judicial junto à Administração Pública é de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o direito que se pretende utilizar.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

Os nobres julgadores não analisaram nenhum dos argumentos trazidos pela Recorrente. Funda-se a decisão no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, o qual prevê prescrever em cinco anos os créditos contra a Fazenda Pública contados a partir de sua formação.

Acrescenta também a previsão da IN/SRF nº 600/2005 e da IN/SRF nº 900/2008 que, embora posteriores à data da transmissão da PER/DCOMP, possuíam expressa disposição acerca do prazo de cinco anos a partir do trânsito em julgado para pleitear a compensação de um crédito de pagamento indevido reconhecido em decisão judicial.

Inconformada com a r. decisão, a Recorrente apresentou, no prazo, seu recurso voluntário (fls. 142-150) para argumentar, em síntese:

- não é aplicável no caso concreto o prazo prescricional, mas sim o prazo decadencial, já que o direito à compensação é um direito potestativo, realizado pelo próprio contribuinte, independentemente da vontade de terceiro, estando sujeito à homologação do Fisco;

- o direito de compensar é relativo à esfera jurídica do próprio contribuinte e não se trata de um direito a uma prestação, com é o caso da repetição do indébito

(ressarcimento / restituição), que depende de uma conduta positiva da parte obrigada a restituir o indébito;

- uma vez reconhecendo o direito de compensar como um direito postestativo e sujeito a decadência, se verificará também que não há lei fixando tal prazo, podendo ser exercido a qualquer momento;

- sendo o direito à compensação de natureza potestativa, resta evidente que não há que se falar em prescrição, e, portanto, também não há que se falar na aplicação do art. 168 do CTN;

- argumenta ainda, em razão do princípio da eventualidade, caso não se reconheça ser a compensação um direito potestativo, persistindo-se na existência de prescrição, o prazo deve ser de 10 anos, visto que na época do reconhecimento do crédito e da própria declaração de compensação, prevalecia a tese conhecida como a "tese dos cinco mais cinco" no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação;

- considerando que o trânsito em julgado ocorreu em 13/10/1997 e que a DCOMP foi transmitida em 17/02/ 2004, não há que se falar em prescrição, situação que nos lava a conclusão de que o crédito oposto ao fisco é legítimo e regular, cabendo à administração tributária federal averiguar se a compensação, no seu aspecto quantitativo, foi regular;

- isso porque deve ser aplicada a simetria, acolhida pela Súmula 150 do STF, no sentido de que o prazo de prescrição da execução tem o mesmo prazo de prescrição da ação;

- afirma ainda, mesmo considerando o prazo de 05 anos para prescrição, que este prazo não havia expirado, na medida em que os períodos compensados se referem às competências de 01/1999 a 12/1999. Assim, a compensação efetivada pelo contribuinte se deu dentro do prazo de 5 anos a partir do trânsito em julgado da decisão que reconheceu o crédito da impugnante (13/10/1997);

- não se pode confundir a data da entrega da declaração da compensação (DCOMP) com os períodos efetivamente compensados. Os períodos compensados encontram-se dentro do prazo do art. 168 do CTN.

É a síntese do relatório

Voto

Conselheiro Salvador Cândido Brandão Junior

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende as demais exigências da legislação, merecendo ser conhecido.

I - Da existência de prazo para exercer o direito reconhecido em decisão judicial

Constata-se do breve relato acima que a discussão devolvida para análise cinge-se na constatação ou não de existência de um prazo prescricional para o exercício de um direito de crédito pelo contribuinte reconhecido por uma decisão judicial transitada em julgado.

A r. decisão recorrida julgou pela caracterização da prescrição do direito de crédito reconhecido em decisão judicial, posto que a compensação realizada, utilizando-se deste crédito, foi transmitida mais de 05 anos após o trânsito em julgado.

Por sua vez, a Recorrente afirma que o direito à compensação é um direito potestativo, sujeito ao prazo decadencial, não existindo em lei um prazo definido para o exercício deste direito.

Neste ponto, penso que os argumentos da Recorrente não merecem guarida. Isso porque direitos potestativos são aqueles que são extintos ou constituídos pela própria parte interessada, independentemente da manifestação ou concordância da outra parte, pois estará submetida à vontade do titular do direito.

Por se tratarem de direitos relacionados com a constituição ou extinção de uma situação jurídica, submetem-se ao prazo decadencial que, uma vez verificado, extingue este direito potestativo. Trata-se o direito potestativo, como diz Fredie Didier Jr., de um *poder jurídico conferido a alguém de alterar, criar ou extinguir situações jurídicas*¹. Daí ser correta a afirmação de que o lançamento tributário é um direito potestativo da Administração Pública, porque cria uma situação jurídica, constituindo o crédito tributário, independentemente da vontade ou concordância do contribuinte.

Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald², os direitos potestativos *são exercidos através de mera manifestação de vontade do próprio titular, independentemente da submissão de terceiros*, o que não é o caso das declarações de compensação na esfera federal, na medida em que estas compensações extinguem o crédito tributário, mas estão sujeitas à homologação por parte do Fisco. A compensação, frise-se, não cria ou extingue uma situação jurídica e não depende tão somente da vontade do titular, é preciso a conferência e anuência pela parte contrária, o Fisco, que poderá glosar a compensação.

Prosseguindo esta argumentação, José Carlos Moreira Alves³ ensina que os *direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insuscetíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém*. Os direitos potestativos, portanto, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação ou negação pela parte contrária.

Direito potestativo também é denominado por Caio Mário da Silva Pereira⁴ de "potestade-sujeição", pois seu implemento depende única e exclusivamente do exercício da vontade de seu titular, enquanto que a parte contrária está apenas submetida, não restando nada a fazer a não ser se submeter à vontade unilateral do titular do direito. É neste sentido que este autor disserta não haver nada que o submetido possa fazer, mas apenas se submeter à manifestação de vontade do titular do direito levada a efeito para constituir, modificar ou extinguir uma dada situação jurídica. Assim, conclui o autor, estes direitos são também chamados de "direitos discricionários ou formativos", *em que a nota essencial é a ausência de*

¹ DIDIER JUNIOR, Fredie e outros. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Juspodivm: Salvador, 2007, p. 292

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB. Vol. 1. 13ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 644

³ ALVES, José Carlos Moreira. A parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. Vol. 1. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.

prestação (direitos sem prestação), diferenciando-se, por esta via, e frontalmente, dos direitos subjetivos, desde então também chamados de direitos com prestação.

O crédito a que tem direito a Recorrente decorre de uma violação de seu direito de ser submetido à tributação de acordo com os ditames legais e da Constituição. No caso concreto, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade da cobrança, reconhece-se que este direito foi violado e todo o pagamento de tributo realizado neste contexto foi indevido, e, por isso, deve ser restituído pela Administração Pública. Surge assim, para a Recorrente, a pretensão de ver ressarcido seu prejuízo decorrente desta violação de seu direito.

Para se ressarcir deste crédito, a Recorrente poderia ter realizado um pedido de restituição, já que a origem do crédito é um pagamento indevido reconhecido em sentença judicial transitada em julgado. No entanto, a Lei nº 8.383/1991, art. 66, § 2º, faculta ao contribuinte que tem reconhecido seu crédito por pagamento indevido, obter a restituição deste montante tanto pela via da repetição do indébito, quanto pela via da compensação.

A compensação é uma modalidade de extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, 170 e 170-A do CTN para os casos em que o contribuinte tenha um crédito contra a Fazenda Pública. Neste diapasão, a compensação só é possível quando, ao mesmo tempo, duas pessoas forem devedor e credor uma da outra. Como a compensação é instituto de extinção de créditos e débitos recíprocos, a Recorrente optou pela via da compensação para realizar esta restituição, tendo em vista que também tem débitos perante seu devedor.

Ao exercer seu direito de crédito reconhecido em sentença, compensando-o com um débito tributário, o contribuinte não está exercendo um direito potestativo, mas sim pagando um débito perante o Fisco com um crédito reconhecido judicialmente. Não se esta, reitere-se, criando ou extinguindo situação jurídica, já que é da natureza da compensação a outra parte verificar os valores e créditos e débitos recíprocos, até porque o Fisco também tem um crédito.

Frise-se, a lei permitiu que o contribuinte pagasse seu débito com um crédito, mas a Fazenda Pública tem a prerrogativa de analisar a compensação e exercer seu direito de não homologar, não restando, assim, submetida ao direito de compensação da contribuinte. Assim, compensação tributária em nada se compara com direito prestativo.

Caso o Fisco não homologue a compensação, ou mesmo o contribuinte não exerça seu direito a tempo e seu débito ainda esteja em aberto, terá que pagar de outra forma, havendo inclusive imputação de juros e multa, na medida em que o débito foi declarado, constituindo-se o crédito tributário.

Desta feita, não parece adequada a tese de alguns autores⁵ de que o pedido de restituição de indébito na via judicial teria prazo prescricional, enquanto que seria decadencial o prazo para repetição na via administrativa, ou mesmo se o contribuinte exercer sua faculdade de restituir pela via da compensação, já que a compensação é realizada pelo próprio contribuinte, "independentemente" da vontade da Fazenda Pública.

Assim, o exercício de ver restituída, ou melhor, o direito de crédito da Recorrente reconhecido judicialmente em razão da violação de um direito, será exercido no âmbito de uma pretensão, seja pleiteando a restituição do pagamento indevido, seja exercendo a faculdade de realizar uma compensação, sujeitando-se à conferência de seu devedor. Não se

⁵ Por todos. PAULSEN, Leandro. Direito Tributário na Constituição e no Código Tributário. 15ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.

trata, portanto, de um direito potestativo, mas sim de uma pretensão decorrente de uma violação, sujeita à prazo prescricional.

A prescrição é um instituto jurídico previsto no ordenamento jurídico com a finalidade de fornecer estabilidade às relações jurídicas, em homenagem à segurança jurídica, estabelecendo um prazo para o exercício de um direito. A premissa é que não se tem como desejável a permanência indefinida de um direito, estabelecendo-se, assim, um prazo para o exercício de sua pretensão. Caso o titular de um direito não exerça este direito no prazo, considera-se extinta esta pretensão, impossibilitando-se que este direito seja, juridicamente, exercido.

Com isso, para que o prazo prescricional tenha início, é preciso haver um direito, a possibilidade de exercê-lo (pretensão) e a inércia do titular deste direito. Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira⁶:

O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece. (...)

É, então, na segurança da ordem jurídica que se deve buscar o seu verdadeiro fundamento. O direito exige que o devedor cumpra o obrigado e permite ao sujeito ativo (credor) valer-se da sanção contra quem quer que vulnere o seu direito. Mas se ele se mantém inerte, por longo tempo, deixando que se constitua uma situação contrária ao seu direito, permitir que mais tarde reviva o passado é deixar em perpétua incerteza a vida social. Há, pois, um interesse de ordem pública no afastamento das incertezas em torno da existência e eficácia dos direitos, e este interesse justifica o instituto da prescrição, em sentido genérico.

Nos casos em que um contribuinte provoca o Poder Judiciário para ver reconhecida a violação de um direito seu, no caso, a cobrança indevida de um tributo decorrente da inconstitucionalidade de sua norma instituidora, a violação de seu direito somente resta configurada quando do trânsito em julgado da decisão judicial, nascendo daí seu direito de crédito passível de restituição.

A decisão judicial terá natureza declaratória da inexistência da relação jurídico-tributária, mas também terá natureza condenatória, pois o juiz reconhece o direito a restituir o montante pago indevidamente, já que este ponto também foi objeto de pedido da parte. A partir de seu trânsito em julgado estará caracterizada a violação e o contribuinte terá o direito a repetir ou então realizar a compensação tributária.

Discute-se, assim, se o prazo prescricional para ressarcimento destes créditos reconhecidos em sentença seria aquele do art. 168, CTN, no qual tinha início com o pagamento indevido, ou se seria outro, como o do artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932. Creio que seja o prazo do Decreto, explico:

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. Volume 1. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

O prazo prescricional previsto no art. 168, I do CTN, para os casos de pagamento indevido, será de 05 anos contados da extinção do crédito tributário pelo pagamento indevido. Este prazo prescricional aplica-se para fins de determinar o período de tempo de pagamentos indevidos realizados para que se possa restituir e estão relacionados, no caso concreto, com a ação judicial onde se buscava o reconhecimento deste direito e a condenação da Fazenda pela restituição.

Assim, o período de tempo no qual os pagamentos indevidos foram realizados deve ser de cinco anos contados de cada pagamento indevido decorrentes de pagamento indevido de PIS recolhidos na forma do Decreto-Lei nº 2.445/88 e Decreto-Lei 2.449/88. Os períodos informados no PER/DCOMP como passíveis de restituição, têm início em 31/07/1988 e finda em 31/10/1994. Portanto, grosso modo, se a contagem for de 05 anos (sem analisar neste momento a teste dos 05 + 05), o prazo prescricional para repetição do indébito para o pagamento de 31/07/1988 terminaria em 30/07/1993.

Mas o período passível de restituição já foi discutida na ação ordinária proposta em 06/12/1994. Foi reconhecido o direito à repetição do indébito, facultando-se esta restituição pela via da compensação. Este foi o direito reconhecido e concedido pela decisão judicial. A partir do trânsito em julgado, então, o contribuinte pode executar esta sentença. Como ele fará já foi dito, ou na via judicial, ou na via administrativa, inclusive por compensação. No entanto, esta possibilidade de execução da sentença também tem um prazo para ser exercido, prazo este que não tem mais a ver com o pagamento indevido, mas sim com o crédito reconhecido pela decisão judicial.

Desta feita, penso que o prazo prescricional para o exercício desta pretensão executiva será também de cinco anos, porém contados do trânsito em julgado (a origem do crédito), conforme art. 1º do Decreto nº 20.910/1932:

*Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem **em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.** (grifei)*

Pois bem, considerando-se que o título executivo judicial se consolida em 13/10/1997, conforme certidão de fl. 81, o direito de executar este crédito surge a partir deste momento. A partir de então, a Recorrente tem 05 anos para exercer seu direito.

Este direito de crédito apenas foi exercido pela Recorrente quando da transmissão da declaração de compensação na qual a contribuinte utilizou este crédito para abater de um débito perante a Fazenda Nacional. Percebe-se de fl. 02 que a transmissão desta DCOMP foi realizada em 17/03/2004, aproximadamente 06 anos e 06 meses após o trânsito julgado.

No momento da transmissão da DCOMP, vigorava a Instrução Normativa SRF nº 210/2002 que dispunha em seu art. 21 e art. 37 sobre o procedimento e os requisitos para realizar a compensação de créditos reconhecidos em decisão judicial, bastando apresentar a declaração, sem necessidade de habilitação prévia. No entanto, foi apenas a partir da Instrução Normativa SRF nº 600/2005 que a questão do prazo para compensação de créditos reconhecidos em decisão judicial foi posta expressamente e de forma clara:

*Art. 51. **Na hipótese de crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a Declaração de Compensação, o Pedido Eletrônico de Restituição e o Pedido Eletrônico de***

Ressarcimento, gerados a partir do Programa PER/DCOMP, somente serão recepcionados pela SRF após prévia habilitação do crédito pela Delegacia da Receita Federal (DRF), Delegacia da Receita Federal de Administração Tributária (Derat) ou Delegacia Especial de Instituições Financeiras (Deinf) com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo.(...)

§ 2º O pedido de habilitação do crédito será deferido pelo titular da DRF, Derat ou Deinf, mediante a confirmação de que: (...)

IV - foi formalizado no prazo de 5 anos da data do trânsito em julgado da decisão: (grifei)

Note que não se pode argumentar que somente após esta instrução normativa é que se pode falar em prazo de prescrição contado do trânsito em julgado. Isso porque instrução normativa não cria ou extingue direitos, muito menos define prazos extintivos de direito como a prescrição. Instrução normativa se presta a instruir e detalhar procedimentos para exercício de um direito.

O prazo prescricional em referência foi posto no ordenamento jurídico por instrumento normativo com força de lei, o Decreto nº 20.910/1932, especialmente seu art. 1º, e a instrução normativa apenas tornou clara que o exercício de um crédito perante a Fazenda Pública deve ser exercido no prazo de cinco anos do ato que lhe deu origem, no caso, o trânsito em julgado.

Com isso, o exercício deste direito encontra-se prescrito, não podendo mais ser exercido.

Também não merece acolhida o argumento de que os débitos compensados são de janeiro/1999 até dezembro/1999, por isso, estariam dentro do prazo de cinco anos para a compensação. Ocorre que estes são os períodos dos débitos de PIS faturamento declarados na compensação, constituindo o crédito tributário por representar confissão de dívida. No entanto, o que se discute nos autos não são os débitos compensados, mas sim o direito de crédito utilizado para compensação, cuja origem é 13/10/1997. A contagem do prazo não pode ser deslocada para o débito, mas sim para a origem do crédito, sob pena de conceder ao jurisdicionado o direito de escolher quando seu prazo de prescrição teria início.

II - Do prazo prescricional 10 anos para o exercício de seu direito de crédito.

Da mesma sorte, também não pode prevalecer o argumento de que o prazo prescricional para o exercício de seu direito deve ser de 10 anos, em decorrência da tese denominada "05 + 05" que vigorava no cenário jurisprudencial na época na transmissão da DCOMP. Afirma a Recorrente que este deve ser o prazo aplicado para o exercício da execução do crédito, em decorrência do teor da Súmula 150 do STF: *“Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”*.

Referida tese não se aplica ao caso concreto por duas razões: 1) este prazo decenal era resultado de uma divergência de interpretação acerca do momento da extinção do crédito tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se quando do pagamento ou da homologação tácita; 2) a decisão judicial transitada em julgado definiu que o prazo prescricional para repetição seria o período de 05 anos anteriores à propositura da ação.

1) A tese dos 05 + 05

Desde a entrada em vigor do CTN até pouco tempo atrás havia muita dúvida sobre quando teria início o prazo prescricional para repetir o indébito tributário, isso porque o art. 168, I diz que o prazo para repetição do indébito é de 05 anos, contados da extinção do crédito tributário quando este crédito foi extinto pelo pagamento indevido.

A dúvida residia nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, pois não se tinha uma exata segurança em afirmar quando ocorria a extinção do crédito tributário nestes casos. Isso porque o art. 150, e seus §§ 1º e 4º, prevêm que o pagamento antecipado extingue o crédito sob condição resolutória de ulterior homologação da autoridade administrativa. A homologação deveria ser expressa, mas se decorridos 05 anos do fato gerador, este pagamento era considerado homologado e extinto o crédito tributário.

Para agravar a dúvida o art. 156, VII prevê que o crédito tributário é extinto pelo pagamento antecipado e pela homologação expressa ou tácita.

Em vista disso, começou a ganhar força a denominada tese dos 05 + 05 anos, no seguinte sentido: o que extingue o crédito tributário é a homologação. Como a homologação, quase sempre, é tácita, então a extinção do crédito só ocorre após 05 anos do fato gerador. Só depois de homologado tacitamente (05 anos do fato gerador), é que terá início o prazo prescricional de 05 anos para repetir. Assim, teremos 05 anos para a homologação, quando estará extinto o crédito, e mais 05 anos para a repetição.

A tese se tornou dominante nas duas turmas do STJ, como se pode ver dos julgamentos proferidos no REsp 333255/SP, REsp 477843/PE .

No entanto, esta tese jurisprudencial foi afastada a partir de 2005 com a publicação da Lei Complementar 118/2005 que previu, em seu art. 3º que, para efeitos de aplicação do art. 168, I, considera-se extinto o crédito tributário desde o pagamento indevido.

Atualmente, o que se tem assentado, inclusive pela **Repercussão Geral no RE nº 566.621/RS**, é a aplicação do prazo decenal baseado na tese dos 05 + 05 para os contribuintes que ajuizaram ação até 08/06/2005. Por sua vez, quem ajuizou a partir de 09/06/2005, data da entrada em vigor da LC 118/2005, só teria 05 anos, mesmo que o pagamento indevido tenha ocorrido antes desta data.

Enfim, esta tese serve para contagem do prazo tendo como referência a extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado, somado à homologação tácita. No entanto, o que se deve analisar neste caso é o prazo para a execução de um título executivo judicial onde se reconheceu o direito de um crédito decorrente de um pagamento indevido. A situação é completamente diferente, pois o que se busca identificar é qual o prazo para o exercício de um direito definido em decisão judicial transitada em julgado, sob pena de este direito se perpetuar no tempo.

Não se discute mais aquele direito que deu origem ao título judicial, nem mesmo ao período em que ocorreram os pagamentos indevidos, até porque o direito que se discutiu na ação judicial já resta consolidado e não paira mais discussão. A decisão judicial afirmou que os pagamentos mencionados nos autos são indevidos e que o contribuinte pode repetir ou compensar. Uma vez consolidado este crédito, o que se discute aqui é até quando ele pode exercê-lo.

Não se aplica o enunciado da Súmula 150 do STF porque este se presta a harmonizar os prazos de prescrição quando a lei define apenas o prazo da pretensão, sem

definir o prazo para execução do direito acolhido no exercício da pretensão. No caso em análise, existe uma regra específica prevista no Decreto nº 20.910/1932 tratando do prazo para a execução do crédito.

Como já salientado, o exercício deste direito deve ser praticado no prazo de 05 anos contados do transito em julgado, não cabendo mais falar em tese dos 05 + 05 como pretende a Recorrente, o que perpetuaria seu direito por mais 10 anos após o trânsito em julgado, findando em outubro/2007. Nem mesmo em pagamento indevido e de quando se considera extinto crédito tributário se discute nestes autos, mas tão somente até quando se pode executar uma decisão judicial.

Caso se pretendesse aplicar a tese dos 05 + 05 nesta altura, este cálculo deveria ser realizado a partir dos pagamentos indevidos. Como o período dos pagamentos indevidos iniciam em 31/07/1988 e vão até 31/10/1994, e a transmissão da DCOMP ocorreu em março/2004, apenas os pagamentos de abril/1994 até outubro/1994 não estariam prescritos. Mas este raciocínio é afastado desde logo, pois é impossível e invade o mérito de uma discussão já travada na esfera judicial.

2) a decisão transitada em julgado

Por fim, cabe salientar, novamente, que a própria decisão judicial transitada em julgado analisou o mérito da inconstitucionalidade da cobrança, definindo também como poderia ser realizada a compensação e qual o período de pagamentos indevidos podem ser utilizados como crédito.

Da análise da decisão judicial de primeira instância (fls. 58-63), constata-se da parte dispositiva da decisão que o Judiciário reconheceu a inconstitucionalidade das majorações de alíquotas efetuadas pelos DL. 2.445/88 e 2.449/88, permitindo a compensação dos valores pagos a maior a título de PIS com débitos vincendos ou vencidos também de PIS, desde que respeitada a prescrição quinquenal anterior ao ajuizamento da ação ordinária.

Note que a própria sentença definiu que o prazo para repetição é de 05 anos, e isso transitou em julgado, não cabendo falar em prazo decenal amparado pela tese 05 + 05. Cumpre salientar que a Recorrente apresentou recurso de apelação, mas recorrendo apenas da correção monetária, como se vê de fls. 65-68, devolvendo ao tribunal apenas a discussão deste ponto. A questão do prazo de cinco anos transitou em julgado e não é possível agora suplantar o manto da coisa julgada para aplicar uma tese de prazo decenal.

Isto posto, conheço do recurso voluntário para negar-lhe provimento.

Salvador Cândido Brandão Junior - Relator

