



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 10768.007281/2002-83
Recurso nº : 130.517
Acórdão nº : 303-33.317
Sessão de : 11 de julho de 2006
Recorrente : USICAFÉ COMÉRCIO EXTERIOR S/A
Recorrida : DRJ/FLORIANÓPOLIS/SC

CONHECIMENTO DE MATÉRIA NÃO JULGADA EM DECISÃO ANTERIOR. CPC, ARTS. 515 E 516. CAUSA "MADURA" PARA JULGAMENTO. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA QUESTÃO DE FUNDO. DIREITO À RESTITUIÇÃO DO QUE INDEVIDAMENTE RECOLHIDO A TÍTULO DA INCONSTITUCIONAL CONTRIBUIÇÃO SOBRE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DE CAFÉ.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. COTA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. DECRETO-LEI 2.295/86. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE RESTITUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. *DIES A QUO*. EDIÇÃO DE ATO NORMATIVO QUE DISPENSA A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MP 219, DE 30 DE SETEMBRO DE 2004, ART. 3º. AFASTADA A PRESCRIÇÃO. DEVOLUÇÃO À REPARTIÇÃO DE ORIGEM PARA JULGAMENTO DAS DEMAIS QUESTÕES DE MÉRITO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, afastar a prejudicial de decadência do direito de pleitear a restituição, vencida a Conselheira Anelise Daudt Prieto. Por maioria de votos, afastar a preliminar de devolução do processo à autoridade competente para decidir as demais questões de mérito, vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Tarásio Campelo Borges e Anelise Daudt Prieto. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário no que concerne ao direito à restituição. Quanto à correção dos valores a serem restituídos, por maioria de votos, dar provimento para aplicar os índices da NE nº 8/97 com as seguintes alterações: jan/89-42,72%, fev/89-10,14%, mar/90-84,32%, abr/90-44,80%, mai/90-7,87%; vencidos os Conselheiros Zenaldo Loibman, Tarásio Campelo Borges e Anelise Daudt Prieto, que aplicavam, tão somente, os índices constantes daquela norma, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto quanto à preliminar o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.

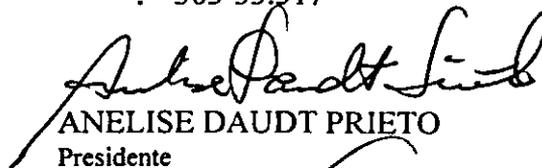
DM

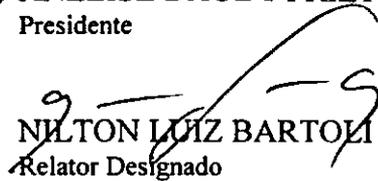
AdP

g

X

Processo n° : 10768.007281/2002-83
Acórdão n° : 303-33.317


ANELISE DAUDT PRIETO
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator Designado

Formalizado em:

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Luis Carlos Maia Cerqueira (Suplente). Ausente o Conselheiro Sérgio de Castro Neves.



Processo nº : 10768.007281/2002-83
Acórdão nº : 303-33.317

RELATÓRIO

Trata o presente processo de pedido de restituição de pagamentos efetuados no período de setembro de 1988 a abril de 1990, a título de "cotas de contribuição ao IBC", ajuizado em 09/05/2002..

O pedido foi inicialmente analisado pela Alfândega do Porto do Rio de Janeiro, que o indeferiu, com base em dois argumentos, a saber: (i) a decisão do STF proferida no RE 191.203/SP não se estenderia ao contribuinte e (ii) haveria decaído o direito de pleitear a restituição do tributo pago, uma vez que já transcorreram mais de dez anos da data de extinção do crédito tributário.

Ciente desta decisão, o contribuinte apresentou tempestiva manifestação de inconformidade, argumentando que o direito de se pleitear a restituição do tributo só se verifica com decurso de cinco anos, contados da data em que o STF declarou inconstitucional a lei que fundamentou a exigência do tributo.

Remetidos os autos à Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Florianópolis/SC, foi exarada decisão indeferindo a pretensão do contribuinte, conforme ementa:

"Pedido de restituição. Decadência.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário, pelo pagamento.

S olicitação indeferida."

O contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário virtualmente repetindo suas razões de impugnação.

É o relatório.



VOTO VENCIDO

Conselheira Nanci Gama, Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário, por conter matéria de competência deste Terceiro Conselho de Contribuintes.

O cerne do presente processo é a ocorrência (ou não) de prescrição do direito do contribuinte de pleitear a restituição do tributo pago indevidamente. Para tanto é fundamental a determinação do dia em que o prazo prescricional do referido direito passa a correr. Neste ponto, peço vênia para fazer minhas as palavras do douto Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, exaradas quando do julgamento do recurso 130.200 (processo 13951.000423/2002-01), que versava sobre matéria semelhante:

“(...)Na seara tributária, o termo a quo do prazo prescricional do direito do contribuinte de repetir o que pagou indevidamente possui algumas singularidades.

De início, há que se perquirir a natureza do pagamento indevido, que comumente ocorre em uma de três modalidades.

No primeiro caso, o contribuinte paga espontaneamente tributo que não devia ou além do que devia.

No segundo caso, o contribuinte sofre cobrança indevida ou maior do que a devida.

No terceiro caso, o contribuinte paga tributo que era devido à época do pagamento, e que posteriormente, por força de um fato que modifica a situação jurídica então vigente, torna-se indevido.

Nos dois primeiros casos, o pagamento sempre foi indevido, daí porque o prazo prescricional para o contribuinte reaver o indébito tem início na data do próprio pagamento (CTN, art. 168, I), malgrado a redação imprópria do parágrafo 1, já que não há se falar em crédito tributário a ser extinto quando o pagamento é integralmente indevido.

Tais casos encontram-se previstos nos incisos I e II do artigo 165 do CTN. Vale ainda acrescentar que, diferentemente do que ocorre no Direito Civil, onde para se repetir o que foi pago indevidamente se deve comprovar o erro, o indébito tributário prescinde de tal

prova, bastando a comprovação do pagamento, qualquer que tenha sido o motivo.

Já na terceira hipótese, a situação é diametralmente distinta. O que foi pago pelo contribuinte era efetivamente devido à época do pagamento. Não havia, naquele instante, o caráter indevido no recolhimento efetuado, que só viria a adquirir essa feição após o advento de uma inovação na realidade jurídica em vigor.

Esse é o caso, por exemplo, dos eventos previstos no inciso III do artigo 165: reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Bem por isso, e na esteira do que já foi declinado acerca da prescrição e decadência, nesses casos (art. 165, III), a violação do direito que faz nascer a pretensão, in casu, a do contribuinte, só ocorre quando o pagamento que era devido se torna indevido.

Ocorre que o Código deixou de prever expressamente uma quarta hipótese, casualmente a que mais se verifica nos dias atuais: a de inconstitucionalidade da lei instituidora ou majoradora de tributo.

Na inconstitucionalidade de lei, normalmente só reconhecida a posteriori, há também uma modificação na ordem jurídica então em vigor, à semelhança dos casos previstos no inciso III do art. 165.

Como a questão de pagamento indevido por inconstitucionalidade da norma, reconhecida posteriormente, não foi prevista pelo Código, sendo de vital importância para se identificar o dies a quo do prazo prescricional/decadencial para se pleitear a restituição do indébito, a jurisprudência e a doutrina, estribadas nos princípios gerais de direito e demais normas do sistema, convencionaram que, nesses casos, está-se diante de um marco ou prescrição "especial".

Com efeito, a contagem do prazo de prescrição somente pode ter início a partir de uma lesão a um direito. Isso porque, se não há lesão, não há utilidade no ato do sujeito de direito tomar alguma medida. A extinção de direito de que se trata, pelo decurso de prazo fixado em lei, atinge a faculdade conferida ao sujeito ativo para exigir a eficácia do objeto do direito subjetivo. O decurso do prazo convalida esta lesão, como na lição de SAN TIAGO DANTAS, desde que se entenda adequadamente o direito de ação como o de agir manifestando exigibilidade ou pretensão dirigida à obtenção da eficácia substantiva do objeto do direito, in Programa de Direito Civil, Editora Forense, 3ª Edição, 2001, p. 345:



"Tenho eu um direito subjetivo e podem passar os anos sem que o tempo tenha a mínima influência sobre o meu direito. Mais eis que, de repente, o meu direito entra em lesão, isto é, o dever jurídico que a ele corresponde não se cumpre: dá-se a lesão do direito. Nasce da lesão do direito o dever de ressarcir e, para mim, o direito de propor uma ação para obter ressarcimento. Se, porém, deixo que passe o tempo sem fazer valer o meu direito de ação, o que acontece? A lesão do direito se cura, convalesce, a situação antijurídica torna-se jurídica; o direito anistia a lesão anterior e já não se pode mais pretender que eu faça valer nenhuma ação. Esta é a conceituação da prescrição que mais nos defende de dificuldades da matéria."

SAN TIAGO DANTAS esclarece que "a prescrição conta-se sempre da data em que se verificou a lesão", pois, na verdade, só com esta surge a denominada "actio nata", que sustenta o direito à reparação. Assim sendo, indaga-se: quando se verifica a lesão de um direito pelo recolhimento de um tributo, só posteriormente reconhecido por inconstitucional? Estará tal lesão configurada na data em que recolhido o tributo, muito embora a norma, à época do pagamento, ainda detivesse a presunção de inconstitucionalidade?

As lições dos mestres MARCO AURÉLIO GRECO e HELENILSON CUNHA PONTES, in Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição do Indébito, Editora Dialética, 2002, obra integralmente dedicada ao tema em apreço, merecem ser destacadas, conforme p. 48, 51-52:

"O exercício de um direito, submetido a prazo prescricional, pressupõe a violação deste direito, apto a configurar a 'actio nata', isto é, o momento de caracterização da lesão de um direito. Câmara Leal lembra que não basta que o direito tenha existência atual e possa ser exercido por seu titular, é necessário, para admissibilidade da ação, que esse direito sofra alguma violação que deva ser por ela removida. É da violação, portanto, que nasce a ação. E a prescrição começa a correr desde que a ação teve o nascimento, isto é, desde a data em que a violação se verificou. Com base nestes pressupostos doutrinários, pode-se concluir que antes da pronúncia (ou da extensão) da inconstitucionalidade da lei tributária, o contribuinte não possui efetivamente um 'direito a uma prestação', apto a gerar contra si um prazo prescricional que o fulmine pela sua inércia. Não pode haver inércia a ser fulminada pela prescrição se não há direito exercitável, isto é, se não há 'actio nata'.

(...)

Tratando-se de hipótese em que o núcleo da questão é a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que se apóia a exigência e em função da qual o pagamento foi realizado, a situação adquire maior complexidade, pois não se trata apenas de aferir a adequação do fato à qualificação jurídica que resulta da lei ou do ato normativo, mas é preciso considerar mais dois elementos:

a) a mudança de qualificação jurídica do fato (pagamento) oriunda de um pronunciamento judicial que afirma a incompatibilidade da lei ou ato normativo – com base no qual o fato foi realizado – à Constituição; e

b) o momento em que esta mudança de qualificação jurídica ocorre, tendo em conta o momento em que o pagamento se deu. Aos dois elementos anteriores (fato + qualificação jurídica) deve-se acrescentar um terceiro elemento que é o momento em que se realiza o juízo de adequação/inadequação da lei ou ato normativo à Constituição (juízo de validade). Vale dizer, o elemento tempo passa a assumir importância capital, em razão do perfil que resulta do juízo de inconstitucionalidade que atinge a norma jurídica (...).

Olhando dessa perspectiva, e tendo em conta o momento em que se dá o cotejo entre o fato e o ordenamento positivo, para fins de reconhecer a qualificação jurídica que daí advém, à vista do pagamento feito, dois momentos devem ser identificados:

a) momento do pagamento; e

b) momento do julgamento da questão constitucional (pronunciamento quanto à validade).

Examinemos estes dois momentos.

Momento 1: o pagamento foi efetuado sob a vigência de uma lei ou de um ato normativo que o exigia. Estes, naquela data, estavam revestidos de presunção de constitucionalidade e o contribuinte cumpriu a norma vigente à época.

Portanto, no Momento 1 a qualificação jurídica de que está revestido o pagamento feito é de um pagamento devido, posto que corresponde, com exatidão, às previsões que o ordenamento positivo determinava à época e a norma estava cercada de presunção de constitucionalidade.

Na medida em que o pagamento é devido, não há por que falar em fluência de prazo prescricional, pois não existe actio nata, uma vez que não estão reunidos os elementos que a configuram.

Momento 2: num momento subsequente, sobrevém decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da lei. Esta decisão altera a qualificação jurídica do pagamento feito, pois retira um de seus fundamentos de validade, de modo que o pagamento deixa de estar em sintonia com o ordenamento, para se tornar dele discrepante. Nesse momento, ele torna-se indevido não porque assim sempre tenha sido, mas porque passou a receber esta nova qualificação em decorrência da decisão judicial. Se nos perguntarmos, no momento imediatamente anterior à declaração de inconstitucionalidade, se os pagamentos são devidos ou indevidos, a resposta só pode ser que mantêm a qualidade de devidos, pois até aquele momento não há pronunciamento que tenha alterado tal qualificação."

(grifos nossos)

Alguns dirão: mas com o recolhimento "indevido" (ainda que apenas em cumprimento de lei com presunção de constitucionalidade), surge para o contribuinte o direito de suscitar a declaração de inconstitucionalidade da norma e cumulativamente pleitear a restituição do recolhido. Mais ainda, dirão que o prazo é o previsto nos artigos 165 a 168 do CTN, defendendo ser esta a interpretação mais adequada com o princípio da segurança jurídica, que demanda a imutabilidade de situações que perduram ao longo do tempo, ainda que irregulares.

Os mesmos autores da obra já citada prontamente refutam esta argumentação, afirmando que: a) os artigos que tratam de restituição no CTN não prevêem a hipótese de declaração de inconstitucionalidade da norma; e b) o princípio da segurança jurídica deve ser temperado por outro que, fulcrado na presunção de constitucionalidade das leis editadas, demanda a imediata aplicação das normas editadas pelos Poderes competentes, sob pena de disfunção sistêmica.

Relevante transcrever os excertos nos quais os brilhantes juristas demonstram o acima destacado. Primeiro a questão dos prazos do CTN, conforme p. 50 da obra citada:

"Nas hipóteses contempladas no artigo 165 do CTN, como a qualificação jurídica a ser aferida é aquela que resulta da legislação aplicável (fundamento imediato da exigência), a simples realização de um pagamento que não esteja plenamente de acordo com tal disciplina, reúne condições que fazem nascer para o contribuinte o direito de obter a restituição do que indevidamente pagou.

Ou seja, nestes casos, existe uma qualificação certa (a da lei) e uma conduta que dela se distancia (espontaneamente, por erro de identificação etc.). Andou bem o CTN quando atrelou a tais eventos os prazos que correm contra o contribuinte e fixou os respectivos termos iniciais na data da extinção do crédito (artigo 168, I) ou na data em que se tornar definitiva a decisão que reformar a decisão condenatória (artigo 168, II).

Em suma, nas hipóteses reguladas pelo CTN, a qualificação jurídica é certa e está definida antes da ocorrência do evento concreto. E, pela estrita razão de que o evento não se enquadra adequadamente na qualificação jurídica preexistente, é que o contribuinte tem direito à restituição do indevido. O indevido, nestes casos, é aferido mediante cotejo entre um fato e a respectiva previsão normativa, sendo que o fato é posterior a esta."

Agora a matéria dos princípios (vale dizer o confronto entre a segurança jurídica e a segurança sistêmica pelo respeito à presunção de constitucionalidade das leis), na página 74:

"Nesse passo, estamos perante duas posições.

De um lado, os que sustentam que o prazo prescricional se inicia com o pagamento feito (com base nas normas do CTN) e que, passados cinco anos, não cabe mais pedido de repetição de indébito, ainda que, após esse prazo, sobrevenha decisão judicial reconhecendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

De outro lado, a nossa posição, no sentido de que, tendo havido inequívoca decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade de uma norma tributária, o contribuinte, no prazo de 5 (cinco) anos pode ingressar com ação de repetição de indébito, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado há mais de cinco anos da propositura da ação, pleiteando a repetição de todo o tributo pago com fundamento na lei declarada inconstitucional.

Entendem os primeiros que sua posição deve prevalecer, pois assegura a segurança e a estabilidade das relações.

Entendemos nós, porém, que a posição que sustentamos é a que melhor resguarda tais valores e, mais do que isso, é a que preserva o ordenamento jurídico e sua eficácia.

Com efeito, se a contagem do prazo de prescrição tiver por termo inicial a data do pagamento feito (inclusive pagamento antecipado nos termos do artigo 150 do CTN), esta é melhor forma para

induzir os contribuintes a questionarem toda e qualquer exigência antes de completado o prazo de cinco anos. Ou seja, ela produz o efeito contrário à busca de segurança e estabilidade pois, a priori, tudo seria questionável e mais, deveria ser efetivamente questionado (por mais absurdo que pudesse parecer naquele momento), como medida de cautela para evitar o perecimento do seu direito de pleitear judicialmente a restituição.

Em suma, contar a prescrição a partir da data do pagamento feito (inclusive pagamento antecipado nos termos do artigo 150 do CTN) é negar o valor segurança, pois elimina a presunção de constitucionalidade da lei (que tem função estabilizadora das relações sociais e jurídicas), além de provocar desconfiança no ordenamento e induzir seu descumprimento, no sentido de que os contribuintes são levados a impugnar tudo, pois tudo precisa ser questionado para evitar a prescrição.

Não se pode deixar de mencionar, também, que discutir quanto a prazo de prescrição por inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é defender a mais paradoxal das posições pois, num contexto de relacionamento sadio entre Fisco e contribuinte, se o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei e, por consequência admitiu ter havido pagamento indevido, seria de se esperar que o Fisco tomasse imediatamente a iniciativa e, ex officio, devolvesse o que recebeu indevidamente aos que foram atingidos pela exigência."

Nesse diapasão, a jurisprudência majoritária das mais altas Cortes do país, judiciais e administrativas, tem elencado três ocorrências que têm o condão de tornar, a posteriori, indevido o pagamento até então tido como devido. São elas: (i) declaração de inconstitucionalidade de norma tributária proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado de constitucionalidade, como as ADINs, de efeito erga omnes; (ii) declaração incidental de inconstitucionalidade de norma tributária proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle difuso de constitucionalidade, irradiando efeitos erga omnes a partir da publicação de resolução do Senado Federal que suspenda a execução da lei declarada inconstitucional; e (iii) lei ou ato administrativo que reconheça, implícita ou expressamente, o caráter indevido da exação.

O que há de comum nesses três casos é a modificação da ordem jurídico-tributária após o pagamento do tributo.

Como não é difícil de intuir, somente após se tornar indevido é que surge para o contribuinte o correspondente direito de reaver aquilo que pagou.

No tocante às hipóteses "i" e "ii" acima citadas, é pacífico o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tributária produz efeitos *ex tunc*, tornando inválidos os atos praticados sob sua vigência.

Eventual exceção a essa regra só poderia ocorrer se viesse expressamente consignada pelo Supremo Tribunal Federal na própria declaração de inconstitucionalidade da norma, para que, por exemplo, esta emanasse apenas efeitos *ex nunc*. Não havendo ressalva, a inconstitucionalidade da norma retroage ao momento em que entrou no ordenamento jurídico.

É o que prevê o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal, combinado com os artigos 27 e 28, § único, da Lei 9.868/99, verbis:

CF:

Art. 102.....

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

LEI 9.868/99:

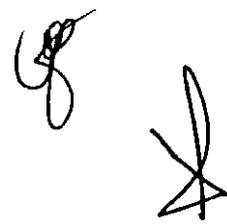
Art 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 28.

.....

*Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, **TÊM EFICÁCIA CONTRA TODOS E EFEITO VINCULANTE EM RELAÇÃO AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO** e à Administração Pública federal, estadual e municipal.*

(grifos nossos)



Assim, tributos declarados inconstitucionais conferem ao contribuinte, a partir da indigitada declaração de inconstitucionalidade, o direito de repetir o que foi pago indevidamente.

Afora a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ADIN ou Resolução do Senado Federal estendendo efeitos erga omnes à decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade de norma, há ainda a terceira modalidade de fato jurídico apto a tornar indevida uma determinada exação, deflagrando nesse instante o direito à sua repetição.

Trata-se de manifestação inequívoca da própria Administração, através de lei ou ato administrativo, que reconhece expressa ou tacitamente a inconstitucionalidade de um determinado tributo. Esse reconhecimento pode se exteriorizar de diferentes formas, como na dispensa da cobrança ou pagamento do tributo, na dispensa da constituição do crédito tributário a ele referente, na revogação total ou parcial na norma tributária inconstitucional, dentre outras.

A partir da edição desse ato, o contribuinte passa a ter ciência indubitável da ocorrência da violação de seu direito, dando início à fluência do prazo prescricional para que pleiteie a devolução do que pagou indevidamente.

É mais uma vez a regra encampada pelo direito pátrio atinente à prescrição, segundo a qual o prazo prescricional só tem início no dia em que o exercício do direito passou a ser possível.

Em 30.9.2004 foi editada a Medida Provisória nº 219, posteriormente convertida na Lei 11.051, de 29 de dezembro de 2004.

Seu artigo 3º inseriu no rol do artigo 18 da Lei 10.522/2002, que dispensa a Fazenda Nacional de constituir créditos, inscrever na Dívida Ativa, ajuizar execução fiscal, bem como autorizar a cancelar o lançamento e a inscrição, a Cota de Contribuição ao IBC, revigorada pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986.

Após a edição da citada Medida Provisória, os artigos 18 e 19 da Lei 10.522/2002 passaram a ostentar a seguinte redação:

Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento

da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

I - à contribuição de que trata a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, incidente sobre o resultado apurado no período-base encerrado em 31 de dezembro de 1988;

II - ao empréstimo compulsório instituído pelo Decreto-Lei nº 2.288, de 23 de julho de 1986, sobre a aquisição de veículos automotores e de combustível;

III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social - Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei nº 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nºs 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

IV - ao imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira - IPMF, instituído pela Lei Complementar nº 77, de 13 de julho de 1993, relativo ao ano-base 1993, e às imunidades previstas no art. 150, inciso VI, alíneas "a", "b", "c" e "d", da Constituição;

V - à taxa de licenciamento de importação, exigida nos termos do art. 10 da Lei nº 2.145, de 29 de dezembro de 1953, com a redação da Lei nº 7.690, de 15 de dezembro de 1988;

VI - à sobretarifa ao Fundo Nacional de Telecomunicações;

VII - ao adicional de tarifa portuária, salvo em se tratando de operações de importação e exportação de mercadorias quando objeto de comércio de navegação de longo curso;

VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei nº 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;

LX - à contribuição para o financiamento da seguridade social - Cofins, nos termos do art. 7º da Lei Complementar nº 70, de 30 de



dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 85, de 15 de fevereiro de 1996.

X - à Cota de Contribuição revigorada pelo art. 2º do Decreto-Lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986.

§ 1º Ficam cancelados os débitos inscritos em Dívida Ativa da União, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 100,00 (cem reais).

§ 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis.

§ 3º O disposto neste artigo não implicará restituição ex officio de quantia paga.

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre:

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 1º Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente, reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, hipótese em que não haverá condenação em honorários, ou manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial.

§ 2º A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

§ 3º Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.



§ 4º A Secretaria da Receita Federal não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que trata o inciso II do caput deste artigo.

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso."

(grifos nossos)

Ao dispensar a constituição de créditos, a inscrição na Dívida Ativa, o ajuizamento de execução fiscal, cancelando o lançamento e a inscrição relativos ao que foi exigido a título de Cota de Contribuição ao IBC, a Medida Provisória reconheceu implicitamente a declaração de inconstitucionalidade da norma proferida pelo STF no julgamento do RE nº 408.830-4-ES.

Ao reconhecer a inconstitucionalidade da citada Contribuição, dispensando a Administração Tributária de procedimentos arrecadatários nesse particular, a Fazenda Nacional admitiu a violação do direito do contribuinte, marco inicial do prazo prescricional para que este pleiteie sua restituição.

Nesse sentido, respaldado pela doutrina de Ricardo Lobo Torres, ensina com sua habitual propriedade Gabriel Lacerda Troianelli¹:

"Há que se considerar, entretanto, que nem a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, nem a resolução do Senado Federal suspensiva de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem hoje, pacificamente, admitindo como sendo causas de fluências de novo prazo para pleitear a compensação ou restituição de tributo indevidamente pago, encontram-se previstos na legislação como tais.

A jurisprudência, na verdade, teve como fundamento não a lei, mas a doutrina, que, especialmente após as lições de Ricardo Lobo Torres², vem defendendo a existência de causas supervenientes de abertura de prazo para o contribuinte reaver tributo indevidamente pago, entre as quais a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado e a resolução do Senado Federal, hoje pacificamente admitidas pelos Tribunais.

¹ *Lei Interpretativa e Prescrição do Direito de Repetir: Novo Prazo para a Contribuição ao PIS*, in Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 71, Editora Dialética, 2001, p. 73.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Restituição dos Tributos*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 167/170.

Mas não são apenas estas as duas causas supervenientes admitidas pela Doutrina, como bem demonstra Ricardo Lobo Torres, nos trechos a seguir transcritos:

1ª) A restituição do indébito a causa superveniente apresenta o esquema que pode ser desdobrado em vários procedimentos ou atos distintos: (...); 2ª) um ato intermediário que transforma em ilegal o pagamento até então legal, e que pode ser proferido em ação judicial (decretação de nulidade e da ineficácia do negócio jurídico; declaração de inconstitucionalidade da lei em ação direta), em resolução do Senado Federal (que suspende a execução da lei declarada inconstitucional incidenter pelo STF), em lei de natureza interpretativa ou em ato ou procedimento administrativo (...).

(...)

Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data do trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidenter tantum pelo STF. Até aquela data o contribuinte só poderia exercitar o seu direito se, concomitantemente, postulasse a declaração judicial de inconstitucionalidade. Esse, entretanto, seria outro tipo de processo de restituição, sujeito às regras do CTN, como vimos no Título II, inconfundível com o que decorre de uma decretação de inconstitucionalidade com eficácia erga omnes. Na hipótese de que se cuida já existe a prejudicialidade da questão da inconstitucionalidade. Logo, a partir da data em que se adquiriu eficácia erga omnes a declaração é que se contará o prazo da decadência. Nem haverá justificativa para restringir o direito do contribuinte, contando o prazo a partir do pagamento (legal e devido), pois serviria de estímulo à multiplicação de repetitórias dirigidas, concomitantemente, contra a constitucionalidade da lei.

O mesmo argumento e a mesmíssima conclusão se impõe para os casos de lei interpretativa. Também aí, a nosso ver o prazo de decadência se intenciona da data da publicação da lei que incorporou, em texto formal, os julgados”.

No mesmo sentido, é copiosa a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais e Conselho de Contribuintes:

Número do Recurso: 119471

Processo nº : 10768.007281/2002-83

Acórdão nº : 303-33.317

Câmara: **SEGUNDA CÂMARA**

Número do Processo: **10183.002651/99-73**

Tipo do Recurso: **VOLUNTÁRIO**

Matéria: **RESTITUIÇÃO/COMP PIS**

Recorrente: **ELÉTRICA CUIABANA LTDA**

Recorrida/Interessado: **DRJ-CAMPO GRANDE/MS**

Data da Sessão: **05/12/2002 08:00:00**

Relator: **Antônio Carlos Bueno Ribeiro**

Decisão: **ACÓRDÃO 202-14475**

Resultado: **NPQ – NEGADO PROVIMENTO POR QUALIDADE**

Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos: I) Acolheu-se a preliminar para afastar decadência; II) no mérito: a) por unanimidade de votos, deu-se provimento parcial ao recurso, quanto à semestralidade; e b) pelo voto de qualidade, negou-se provimento ao recurso, quanto aos expurgos inflacionários. Vencidos os Conselheiros Eduardo da Rocha Schmidt, Gustavo Kelly Alencar, Raimar da Silva Aguiar e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.*

Ementa: **NORMAS PROCESSUAIS - RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO - DECADÊNCIA.** *O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 05 (cinco)anos, distinguindo-se o início de sua contagem em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no*



Processo nº : 10768.007281/2002-83
Acórdão nº : 303-33.317

contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela 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.

Decadência – Pedido de Restituição – Termo Inicial

Em caso de conflito quanto à legalidade 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.

(CSRF-1ª Turma, Acórdão nº CSRF/01-03.491, rel. Cons. Wilfrido Augusto Marques, j. 17.9.2001, DOU 30.10.2002, p. 62); (CSRF-1ª Turma, Acórdão nº CSRF/01-03.239, rel. Cons. Wilfrido Augusto Marques, j. 19.3.2001, DOU 2.10.2001, p. 19)

Número do Recurso: 128622
Câmara: SEXTA CÂMARA
Número do Processo: 13678.000008/99-41
Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO
Matéria: ILL
Recorrente: CIA. AGRO PASTORIL DO RIO GRANDE
Recorrida/Interessado: DRJ-JUIZ DE FORA/MG
Data da Sessão: 11/07/2002 00:00:00



Processo nº : 10768.007281/2002-83

Acórdão nº : 303-33.317

Relator: *Wilfrido Augusto Marques*

Decisão: *Acórdão 106-12786*

Resultado: *OUTROS – OUTROS*

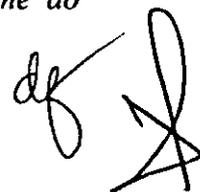
Texto da Decisão: *Por unanimidade de votos, AFASTAR a decadência do direito de pedir da recorrente e DETERMINAR a remessa dos autos à repartição de origem para apreciação do mérito.*

Ementa: *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.*

Decadência afastada.

Merece ainda ser transcrito o voto proferido no Acórdão CSRF/01-03.225, de 19.03.2001, de relatoria do preclaro Conselheiro Antonio de Freitas Dutra, Presidente da 2.º Câmara do 1.º Conselho de Contribuintes:

"Em que momento houve a extinção do crédito tributário? A resposta mais óbvia seria – no mês que o imposto passou a indevido As regras definidas pelos artigos 165 e 168 da Lei nº 5.172 de 25/10/66 – Código Tributário Nacional, pelas características próprias do caso em pauta, não podem ser literalmente aplicadas não há como aplicar a regra inserida no inciso I do art. 168 do CTN que o direito de pleitear a restituição é de cinco anos da extinção do crédito tributário. Primeiro, porque na época era incabível qualquer pedido de restituição uma vez que, até então, esta espécie de rendimento era considerada tributável, tanto na esfera administrativa como na judiciária. Segundo, em nome do



princípio de segurança jurídica não se pode admitir a hipótese de que a contagem para o exercício de um direito TENHA INÍCIO antes da data de sua AQUISIÇÃO. Como é que o contribuinte poderia pedir RESTITUIÇÃO daquilo que legalmente foi retido e recolhido? O contribuinte só adquire o direito de requerer a devolução daquele imposto, que num dado momento foi considerado indevido, por um novo ato legal ou decisão judicial transitada em julgado. No caso aqui enfocado, aplica-se a norma inserida no inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional No momento que o pagamento do imposto foi considerado indevido, cabe à administração por dever de ofício, devolve-lo. A regra é a administração devolver o que sabe que não lhe pertence, a exceção é o contribuinte ter que requerê-la e, neste caso, só poderia fazê-lo a partir do momento que adquiriu o direito de pedir a devolução..... "

A propósito do que consignou o ilustre jurista Gabriel Troianelli, cumpre destacar que, no âmbito dos processos administrativo-tributários federais, há sim norma positiva que contempla as três efemérides reconhecidas pela jurisprudência, como marcos de irradiação de efeitos erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.

É o dispositivo do Regimento Interno que faculta aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Com efeito, o artigo 22A do Regimento Interno, introduzido pelo art. 5º da Portaria MF nº 103, de 23/04/2002, autoriza os Conselhos de Contribuintes a afastar a aplicação de normas que embasem a exigência de crédito tributário cujo reconhecimento de sua inconstitucionalidade tenha alcançado efeitos erga omnes, ou seja: (i) que já tenham sido declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Se em ação direta, após a publicação da decisão; se pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato (art. 22º, § único, I); ou (ii) cuja aplicação [de tais normas] tenha sido dispensada por ato do próprio Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, determinando a desistência das correspondentes execuções fiscais.

Ora, sendo defeso aos Conselhos de Contribuintes pronunciar a inconstitucionalidade de norma, só cabendo afastar sua aplicação naquelas únicas hipóteses, ou seja, quando já houver o reconhecimento [prévio e de efeitos erga omnes] de sua inconstitucionalidade, é de se concluir que tais eventos foram



positivados pela legislação (Regimento Interno) como fatos modificadores da ordem jurídica antes em vigor.

Se tais fatos modificam a ordem jurídica então em vigor, tornando, in casu, indevido aquilo que até ali era devido, por uma questão de lógica hermenêutica devem ser considerados como o dies a quo do prazo para se pleitear a restituição do tributo, somente reputado inconstitucional, repita-se, após a ocorrência de um dos fatos (marcos temporais) previstos na legislação.

Finalmente, resta esclarecer que à dispensa de constituição de créditos veiculada pela MP 219/2004 veio se somar a Resolução do Senado Federal nº 28, de 21 de junho de 2005 (DOU 22.6.05), que suspendeu a execução dos "arts. 2º e 4º do Decreto-Lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 408.830-4 - Espírito Santo".

In casu, sendo a MP 219/2004 anterior à Resolução 28/2005 do Senado Federal, é da primeira que se deve contar o prazo prescricional/decadencial para o pedido de restituição do contribuinte.(...)"

Assim, não estando o direito de pleitear a restituição prescrito, dou PROVIMENTO ao recurso voluntário para afastar a prescrição e determinar o encaminhamento do processo à instância inferior para pronunciamento acerca das demais questões relativas ao mérito do pedido.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2006.


NANCI GAMA – Relatora

VOTO VENCEDOR QUANTO À PRELIMINAR

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, Relator

O recurso é tempestivo.

Dele conheço totalmente, apesar do fato de a decisão recorrida ter acatado a preliminar de prescrição, que se consubstanciou em obstáculo ao conhecimento do mérito, o qual apreciarei com base nos artigos 515 e 516 do Código de Processo Civil, ora aplicados por analogia.

O Código de Processo Civil, ao tratar do recurso de apelação, equivalente, no processo administrativo-fiscal, ao recurso voluntário, dispõe que o recurso devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada (CPC, art. 515).

O mesmo dispositivo, em seu parágrafo primeiro, esclarece, porém, que serão “objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, **ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.**”

Já seu parágrafo terceiro permite que o tribunal avance no julgamento de causa extinta sem julgamento de mérito, quando esta se encontrar em condições de julgamento.

Ampliando ainda mais os limites de conhecimento da causa conferidos ao tribunal, o artigo 516 do CPC preceitua:

Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

Sobre o tema, cumpre trazer à colação excerto do voto do eminente Ministro do STJ Franciulli Netto, no julgamento do RESP nº 252.187/PR, em sessão realizada em 5.11.2002, onde cita exposição de motivos elaborada pelo Exmo. Ministro da Justiça por ocasião da introdução do parágrafo terceiro ao artigo 515 do CPC:

“Merecem destaque, nesse passo, as considerações do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça na Exposição de Motivos da Lei n. 10.352, publicada em 27 de dezembro de 2001, especificamente quanto à recente introdução do § 3º do artigo 515 do CPC:



"Como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal - como, por exemplo, na Justiça federal e na dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários - mas muitos juizes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem para que seja julgada no mérito. Tais feitos, estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa constitui a razão primeira e última do próprio processo".

Estando a causa efetivamente apta para o julgamento, sem necessidade de dilação probatória, o que a doutrina denominou "causa madura", impõe-se o seu pronto julgamento pelo Tribunal. Essa parece a solução mais consentânea com a tão almejada eficiência e celeridade da prestação jurisdicional.

Não resta dúvida que haverá situações em que a causa pode não se encontrar ainda em condições de receber decisão de mérito, ocasião em que será indispensável seja novamente submetida ao juiz para prosseguimento da instrução. Não raro, todavia, como no caso ora em exame, os autos já fornecem elementos suficientes para julgamento da causa.

Nesse contexto, decidiu com acerto a egrégia Corte de origem que, presentes os documentos comprobatórios dos recolhimentos indevidos, "não tem sentido anular a sentença, a fim de que outra seja proferida e, quiçá daqui a 2 ou 3 anos, voltem os autos a esta Turma para o exame da mesma matéria. Não há prejuízo algum no julgamento do recurso de plano, em homenagem ao princípio da economia processual, pois nenhum prejuízo causa às partes. A União teve oportunidade de manifestar-se sobre os documentos na ação cautelar e não os impugnou" (fl. 66).

(RECURSO ESPECIAL Nº 252.187 - PR -2000/0026549-7, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, votação unânime, em 05 de novembro de 2002, Data do Julgamento), grifos nossos.

O precedente acima vem sendo ratificado por aquele Sodalício, em todas as oportunidades em que é provocado a manifestar-se sobre a inovação trazida pelo novel parágrafo terceiro do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Introduzido pela Lei n. 10.352/2001, e erigido em princípio processual "da causa madura" para julgamento, por este novo dispositivo – art.

Processo nº : 10768.007281/2002-83
Acórdão nº : 303-33.317

515, § 3º - a segunda instância pode decidir todas as questões que estiverem em condições de julgamento, sem violação ao duplo grau, conforme o entendimento da melhor doutrina, espelhada nos professores Barbosa Moreira, Frederico Marques e Humberto Theodoro Júnior, cuja autoridade dispensa maiores apresentações, tudo, como divulgado no endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br), *verbis*:

ERESP 89240 / RJ ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL
2000/0089111-8

Fonte

DJ DATA:10/03/2003 PG:00076

Relator

Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088)

Ementa

PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO AFASTADA NO 2º GRAU. EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES NO MESMO JULGAMENTO. POSSIBILIDADE, DESDE SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E INSTRUÍDA A CAUSA. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL. EXEGESE DO ART. 515, CAPUT, CPC. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LEI N. 10.352/2001.

INTRODUÇÃO DO § 3º DO ART. 515. EMBARGOS REJEITADOS.

I - Reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, não pode o mesmo ingressar no mérito propriamente dito, salvo quando suficientemente debatida e instruída a causa.

II - Nesse caso, encontrando-se "madura" a causa, é permitido ao órgão ad quem adentrar o mérito da controvérsia, julgando as demais questões, ainda que não apreciadas diretamente em primeiro grau.

II - Nos termos do § 3º do art. 515, CPC, introduzido pela Lei n. 10.352/2001, "o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Data da Decisão

06/03/2002

Orgão Julgador

CE - CORTE ESPECIAL

Decisão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos de divergência e, por maioria, os rejeitar. Votaram com o Relator os Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nilson Naves e Garcia Vieira. Votaram vencidos os Ministros Felix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Barros Monteiro e Francisco Peçanha Martins.

Processo nº : 10768.007281/2002-83
Acórdão nº : 303-33.317

Indexação

POSSIBILIDADE, TRIBUNAL, AMBITO, APELAÇÃO CIVEL, JULGAMENTO, MERITO, AÇÃO JUDICIAL, POSTERIORIDADE, AFASTAMENTO, SENTENÇA JUDICIAL, RECONHECIMENTO, PRESCRIÇÃO, HIPOTESE, DESNECESSIDADE, PRODUÇÃO DE PROVA, OBSERVANCIA, LEI NOVA, INCLUSÃO, PARAGRAFO, ARTIGO, CODIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO OCORRENCIA, VIOLAÇÃO, PRINCIPIO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, APLICAÇÃO, PRINCIPIO DA INSTRUMENTALIDADE, PRINCIPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE, TRIBUNAL, AMBITO, APELAÇÃO CIVEL, APRECIÇÃO, MERITO, LIDE, POSTERIORIDADE, AFASTAMENTO, DECISÃO JUDICIAL, JUIZO A QUO, RECONHECIMENTO, PRESCRIÇÃO, NECESSIDADE, DEVOLUÇÃO, AUTOS, JUIZO, PRIMEIRA INSTANCIA, CARACTERIZAÇÃO, SUPRESSÃO, INSTANCIA, VIOLAÇÃO, PRINCIPIO, DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, OBSERVANCIA, PRINCIPIO, TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELATUM.

Referência Legislativa

LEG:FED LEI:005869 ANO:1973

***** CPC-73 CODIGO DE PROCESSO CIVIL

ART:00267 ART:00269 INC:00004 INC:00006 ART:00515

PAR:00001 PAR:00003

(PARÁGRAFO 3º INCLUÍDO PELA LEI 10352/01)

LEG:FED LEI:010352 ANO:2001

Doutrina

OBRA : COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, V. 5, 5ª ED.,
FORENSE, 1985, P. 345, 375-376 E 429

AUTOR : BARBOSA MOREIRA

OBRA : MANUAL, V. 3, 9ª ED., SARAIVA, P. 142

AUTOR : FREDERICO MARQUES

OBRA : CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, V. 1, 19ª ED., P. 564

AUTOR : HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

Veja

(POSSIBILIDADE - TRIBUNAL - APRECIÇÃO - MERITO - AÇÃO JUDICIAL)

STJ - RESP 2218-MT, RESP 2306-SP,

RESP 2993-SP (RSTJ 33/618), RESP 299246-PE

(IMPOSSIBILIDADE - TRIBUNAL - APRECIÇÃO - MERITO)

STF - RE 108051 - ES

STJ - RESP 38977-SP,

RESP 6643-SP (RSTJ 26/445, RSTJ 33/627, REVPRO
69/214, LEXSTJ 30/185),

RESP 21008-BA, RESP 97251-SP, RESP 96270-SP,

RESP 179884-DF (RSTJ 127/234), RESP 249497-MG

Mais recentemente, inclusive, o tema tem sido objeto de decisões monocráticas, proferidas com fulcro no artigo 557 do Código de Processo Civil, exatamente em razão do entendimento sedimentado:

Processo nº : 10768.007281/2002-83
Acórdão nº : 303-33.317

“O cognominado **Princípio da Causa Madura**, introduzido no Código de Processo Civil pela Lei 10.352/01, ao permitir que o Tribunal, no exercício do duplo grau de jurisdição, pronuncie-se sobre matéria não examinada na Primeira Instância, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, ampliou a devolutividade do recurso de apelação.

5. Assim, a despeito do juiz ter aplicado o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial, vislumbra-se que o provimento jurisdicional abarcou o pedido da parte autora, qual seja, a não incidência do imposto de renda sobre as parcelas debatidas, afigurando-se escorrito o saneamento do equívoco pelo Tribunal de origem, com a elucidação da causa de pedir, em homenagem ao princípio da economia processual. (RECURSO ESPECIAL Nº 688.258 - CE (2004/0131666-4), decisão proferida pelo rel. Ministro LUIZ FUX DJ 19.08.2005)”

E nem se diga que tal regra processual estaria restrita ao âmbito judicial, porquanto é sabido que sustenta valores de extrema importância para a proficuidade do processo, quais sejam, os Princípios da Instrumentalidade, Efetividade e Economia Processuais, igualmente incrustados nas regras do procedimento administrativo.

Nesse passo, gize-se o entendimento de Alberto Xavier, no sentido de “jurisdicionalização do processo administrativo” pela Constituição de 1988:

“A própria existência de um processo administrativo é assim hoje considerada entre nós como direito ou garantia fundamental.

“O conceito de processo administrativo exprime a idéia de que os mecanismos de controle da legalidade dos atos administrativos devem obedecer a um *princípio de jurisdicionalização*, ou seja, ao modelo de processo que se desenvolve nos tribunais, ressalvadas as especificidades decorrentes seja da natureza indisponível dos direitos em presença, seja da natureza não independente do órgão de julgamento, integrado na Administração.”(in “Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário”, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág. 146)

Estabelecida tal premissa pelo Ilustre Jurista, a propósito do duplo grau, sua conclusão alberga o aludido princípio da causa madura, em razão do caráter inquisitório que reveste o processo administrativo:

“A garantia do duplo grau tem como corolário a necessidade de “prequestionamento”, de tal modo que os órgãos de julgamento de segunda instância não podem pronunciar-se sobre “novas questões” não aduzidas pelo impugnante ou não conhecidas na decisão de

primeira instância, dada a imutabilidade do objeto do processo. Todavia, como adiante se verá ao estudar o objeto do processo administrativo, muito embora o impugnante não possa invocar novos fundamentos, nada impede que os órgãos de julgamento de segunda instância conheçam de fundamentos não alegados na impugnação, desde que favoráveis ao recorrente, em homenagem ao caráter inquisitório do processo." (op. cit., pág. 128)

Ora, estando em pauta o pretense direito da Recorrente à restituição do quanto indevidamente recolhido à contribuição sobre operações de exportação de café - mais especificamente as questões da prescrição de tal direito, da inconstitucionalidade da referida contribuição, da possibilidade de reconhecimento desse direito por este órgão julgante e da aplicação dos expurgos inflacionários e da Taxa SELIC -, é flagrante a possibilidade de imediato julgamento do feito, sendo despicienda, e até mesmo desaconselhável, a remessa dos autos à Delegacia de Julgamento para que seja proferida nova decisão.

Antes de trazer à colação o pensamento de outros renomados juristas sobre o tema, julgo conveniente fazer uma advertência àqueles que defendem o ponto de vista contrário, convencidos de que superado o óbice da decadência, este Conselho de Contribuintes não poderia analisar o restante da causa, que deveria ser remetida à DRJ para julgamento de mérito.

O Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal (PAF), prevê duas grandes categorias de causas extintivas do processo.

Dentre aquelas que extinguem o processo com julgamento de mérito encontra-se a hipótese do pronunciamento, pelo juiz, da decadência ou da prescrição.

Art. 269. Extingue-se o processo com julgamento de mérito:

I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;

II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III - quando as partes transigirem;

IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Observa-se, portanto, que a matéria atinente à prescrição ou decadência é matéria de mérito, e não matéria prejudicial ao exame do mérito.

A decisão da DRJ que ora se revê em grau de recurso, foi, portanto, decisão de mérito.

A decisão que esta Câmara proferirá, conseqüentemente, também será decisão de mérito.

Não cabe aqui argumentar, pois, que o mérito não foi analisado pela DRJ se o reconhecimento da decadência foi, com efeito, decisão de mérito.

Apesar da redação precisa e insuscetível de dúvidas do artigo 269 do CPC transcrito acima, outro preceito do mesmo Diploma robustece ainda mais este raciocínio.

Com efeito, ao cuidar da resposta do réu, o Código dispõe que antes de contestar o mérito, cabe ao requerido levantar uma série de questões, que são – estas sim – prejudiciais ao exame do mérito do pedido do autor.

É o que prescreve o artigo 301 do CPC, *verbis*:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

I - inexistência ou nulidade da citação;

II - incompetência absoluta;

III - inépcia da petição inicial;

IV - perempção;

V - litispendência;

VI - coisa julgada;

VII - conexão;

VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;

IX - convenção de arbitragem;

X - carência de ação;

XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.



Este é o rol da chamada matéria preliminar, preliminar justamente ao exame do mérito.

Como se observa, a decadência e a prescrição **não figuram** neste compêndio.

Tais considerações já seriam suficientes para convencer os seguidores do bom direito a examinar o restante do mérito da causa, que, por óbvio, não foi analisado na instância inferior por ser incompatível com a convicção externada pelo julgador *a quo*.

Vale, porém, acrescentar ainda que mesmo avançando sobre o restante do mérito da causa e dando-se provimento ao recurso do contribuinte, esta Câmara jamais suprimirá o primeiro grau de jurisdição administrativa, a quem continuará competindo o exame dos aspectos formais deste pedido de restituição, tais como a exatidão dos cálculos e outros correlatos, antes de sua liquidação.

Além de ser perfeitamente lícito, o exame da causa em sua integralidade não causará, portanto, prejuízo algum à Administração.

Feitas tais advertências, ouça-se o que os doutos têm a dizer sobre o tema.

Oreste Nestor de Souza Laspro, ao tratar do "dogma" do duplo grau assevera que:

"Tal princípio acabou sendo considerado contrário à prática e à própria instrumentalidade do processo, na medida em que obrigava o processo a se submeter a infindáveis idas e vindas entre o primeiro e segundo grau, casos em que a questão já poderia ser apreciada definitivamente pela segunda instância. (...)" ("Nova Reforma Processual Civil Comentada", São Paulo: Editora Método, 2003. p. 255)

Parece-me que o problema identificado pelo autor citado evidencia-se no presente caso, de modo que a providência determinada pelo Código de Processo Civil deve aqui também ser aplicada, em respeito à efetividade do procedimento administrativo-fiscal, a fim de se evitar desnecessária protelação.

Se, de um lado, o duplo grau possibilita um exame mais acurado e exaustivo da matéria *sub studio*, conferindo maior segurança jurídica às decisões, de outro lado, retarda a entrega do direito a que se busca, ofuscando a celeridade que se espera do procedimento que é apenas um instrumento na busca daquele direito.

O conflito entre segurança jurídica e celeridade não é novo e tem sido amplamente discutido na comunidade jurídica. Tal conflito foi muito bem identificado pelo emérito processualista José Roberto dos Santos Bedaque:

"Tanto o direito à efetividade do processo quanto o direito à segurança jurídica têm natureza constitucional, pois podem ser extraídos do conjunto de regras que estabelecem o modelo processual brasileiro na Constituição." ("Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência". São Paulo: Malheiros. 2001. p. 91)

Todavia, como valores, tais princípios não hão de ser postos à batalha até que só um subsista, mas, sim, devem ser harmonizados na específica análise do caso concreto. Retomando-se a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, "(...) o correto equacionamento dessa questão requer sejam ponderados os bens e valores em conflito, a fim de se dar preferência àquele que, ao ver do intérprete, seja superior e mereça prevalecer" (ob.cit, p. 90).

A referida harmonização dos valores explicitados pelo douto processualista, transposta para o caso em exame, certamente tende para a efetividade, uma vez que, se enviados os autos para julgamento em primeira instância, estes retornarão, posteriormente, a este órgão, que possuía plenas condições de julgamento na primeira oportunidade.

O insuperável Cândido Rangel Dinamarco, tratando especificamente do dispositivo processual em foco, brilhantemente encabeça sua defesa, seguida pela Doutrina predominante, ao bradar que "(...) essa inovação atende ao desiderato de acelerar a outorga da tutela jurisdicional, rompendo com um histórico e prestigioso mito que ao longo dos séculos os processualistas alimentam sem discutir. Não há porque levar tão longe um princípio, como tradicionalmente se eleva o duplo grau de jurisdição nos termos em que ele sempre foi entendido, quando esse verdadeiro culto não for indispensável para preservar as balizas do processo justo é équo, fiel às exigências do devido processo legal. (...) Caso por caso, estando a causa madura para julgamento, não há um motivo racional que exigisse a volta dos autos ao juízo inferior, para que só então sobreviesse a decisão de meritis - e ainda com a possibilidade de, mediante novo recurso, a causa tornar ao mesmo tribunal que reformara a sentença terminativa." ("A Reforma da Reforma". São Paulo: Malheiros Editores. 2003. p. 151/152)

Desse modo, o julgamento imediato do feito não atenta contra a segurança jurídica, porquanto apenas antecipa um posicionamento que haveria de esperar morosas idas e vindas, privilegiando, ademais disso, a celeridade igualmente necessária à entrega do direito almejado.

E nem se diga que, envolvendo também questões de fato, o mérito não haveria de ser julgado desde logo por este Conselho de Contribuintes.



Esclarecedora e suficiente é, nessa seara, a lição do ilustre Professor Titular da Universidade de São Paulo:

"Processo em condições de julgamento, segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento de mérito. Não foi feliz o legislador, ao dar a impressão de formular mais uma exigência para a aplicação do novo parágrafo, qual seja a de que causa versar sobre questão exclusivamente de direito. Se imposta sem atenção ao sistema do Código de Processo Civil, essa aparente restrição poderia comprometer a utilidade da inovação, ao impedir o julgamento pelo tribunal quando houvesse questões de fato no processo mas estivessem elas já suficientemente dirimidas pela prova produzida.(...)" (ob.cit. p. 155/156)

Portanto, versando sobre questão de direito e questão de fato cujas provas encontram-se nos autos (Comprovantes de Confirmação de Pagamento), o presente feito comporta julgamento imediato, primando-se, sobretudo, pela economia processual, princípio muito bem delineado por Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, co-autores da obra bastante digerida nos bancos das Faculdades intitulada "Teoria Geral do Processo" (São Paulo: Malheiros Editores. 14ª ed. p. 72):

"Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais. (...)."

Entender o contrário, portanto, significaria prestigiar o *indevido* processo legal, assim definido por Franz Kafka:

"Para o cidadão comum, o Processo é algo imortalizado por Franz Kafka, como um conjunto de atos misteriosos e sem sentido que caminham para lugar nenhum, produzindo, quase sempre, um resultado injusto e inexplicável."(João José Sady, Jornal do Advogado de maio de 2001, pág. 18)

Tal impropriedade afronta a garantia à celeridade do processo administrativo, advinda com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04, a qual ampliou o leque de incisos do artigo 5º, da Carta da República, com a inserção do inciso LXXVIII, assim redigido:



“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Infringência desse tipo, perpetrada por um *indevido* processo legal, não escapou à observação penetrante de PONTES DE MIRANDA:

“principalmente, (o Juiz) deve evitar a infração hipocrítica.

Chama-se infração hipocrítica àquela em que o Juiz, embora pareça atender à lei, em verdade lhe deu sentido que não é o dela. Às vezes, elogia-a, e ofende-a; ou diz que a aplica em todo o seu rigor, e a nega em seus limites ou em sua típica abrangência”(in “Tratado da Ação Rescisória, 5ª. Edição, Forense - pág. 281, n/destaques)

Diante das considerações erigidas acima, pois, o recurso deve ser inteiramente conhecido.

É como voto.

Sala das Sessões, em 11 de julho de 2006.


MILTON LUIZ BARTOLI – Relator Designado

