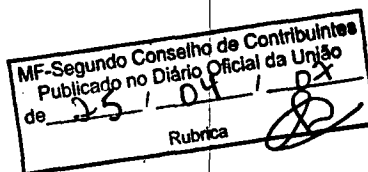




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077



Recorrente : EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A-EMBRATEL
Recorrida : DRJ-I em São Paulo - SP

**NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO.
RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. INDÉBITO.
RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.**

O direito de solicitar restituição de valores pagos indevidamente, em virtude de declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso, extingue-se em cinco anos da data da publicação da Resolução do Senado Federal que suspende a execução da lei inconstitucional e alcança todos os valores comprovadamente pagos até essa data.

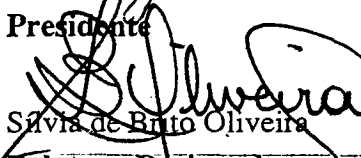
Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A-EMBRATEL.**

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis (Relator), Odassi Guerzoni Filho e Antonio Bezerra Neto, que negavam provimento face à decadência. Designada a Conselheira Sílvia de Brito Oliveira para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.

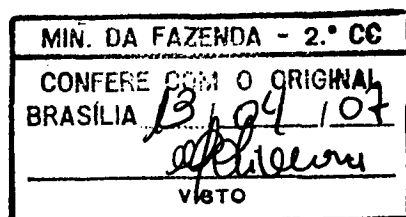

Antonio Bezerra Neto
Presidente


Sílvia de Brito Oliveira
Relatora-Designada

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Cesar Piantavigna, Valdemar Ludvig, Ivan Alegretti (Suplente) e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.

Ausente, justificadamente, o Conselheiro Eric Moraes de Castro.

Eaal/inp





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 13/04/07
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077

Recorrente : EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A-EMBRATEL

RELATÓRIO

Trata-se do Pedido de Restituição/Compensação de fls. 01/02, protocolizado em 18/09/2000, relativo a créditos por recolhimentos a maior do Imposto sobre Operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF) efetuados com base no art. 1º, incisos II e III da Lei nº 8.033/90. Segundo o demonstrativo de fl. 08 e as cópias dos DARF de fls. 09/15, o indébito soma R\$ 3.321.394,19 e os pagamentos que originaram os créditos foram realizados entre 18/05/1990 e 18/09/1990.

Os dois incisos mencionados determinavam a incidência do IOF sobre a transmissão de ouro definido pela legislação como ativo financeiro e a transmissão ou resgate de título representativo de ouro.

O contribuinte fundamenta o seu pedido reportando-se ao Recurso Extraordinário nº 190.363-5-RS, julgado em 13/05/98 e publicado em 12/06/98 - nos termos do qual o STF julgou inconstitucional o inciso II do art. 1º da Lei nº 8.033/90 - e à Resolução do Senado Federal nº 52/99 - que suspendeu a execução dos incisos II e III do referido artigo.

Por bem resumir o que consta dos autos, reproduzo parte do relatório que integra a decisão recorrida (fls. 303/304, vol. II):

3.1. *Tendo em vista que o direito de pleitear restituição extingue-se com o decurso de prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário, nos termos do art. 168, inciso I, do CTN, foi indeferido o pedido formulado pelo contribuinte.*

4. *Cientificado do indeferimento em 05.02.2003 (fls. 177), o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade (fls. 229/237) em 12.02.2003, alegando, em síntese:*

4.1. *que a Diort/Derat/RJO considerou que somente até agosto de 1995 teria o contribuinte direito de pleitear a devolução dos valores recolhidos a título de IOF/Ouro, por entender que a obrigação tributária restou extinta pelo pagamento, nos termos do inciso I, do art. 156, do CTN;*

4.2. *no caso em tela, contudo, trata-se de tributo pago com base em lei considerada inconstitucional, conforme já anotado no seu pedido inicial formulado em 18.09.2000;*

4.3. *destarte, consoante entendimento já consagrado no âmbito do Conselho de Contribuintes (jurisprudência às fls. 234/235), bem assim na própria SRF (Parecer Cosit nº 58/98), o prazo para pleitear a restituição/compensação conta-se a partir da publicação da Resolução nº 52 do Senado Federal, ocorrida em 22.10.1999;*

4.4. *portanto, deve ser submetida a manifestação de inconformidade à Delegacia de Julgamento, com a imediata suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 4º, § 5º, da MP nº 75/2002), para ao final seja a mesma provida, reformando-se a decisão proferida pela Diort/Derat/RJO, e deferida a compensação pretendida.*

5. *Às fls. 296/297, foi acostada decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2003.51.01.013773-6 (Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.018431/00-14

Recurso nº : 131.080

Acórdão nº : 203-11.077

Janeiro), impetrado contra o Delegado da Receita Federal no Rio de Janeiro, pela qual o MM. Juízo da Décima Primeira Vara Federal deferiu "parcialmente a liminar postulada, para determinar à Autoridade Impetrada que se abstenha de adotar qualquer ato visando a cobrança dos eventuais créditos decorrentes dos processos nº 10768.100355/03-31 e nº 10768-018431/00-14, abstendo-se, também, de proceder inscrição no CADIN ou de negar o fornecimento de certidões (CND ou CPDEN) com fundamento nos processos retro mencionados".

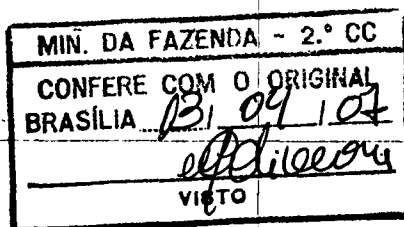
A 8ª Turma da DRJ, nos termos do Acórdão de fls. 301/305, manteve o indeferimento.

Com esteio no AD SRF nº 96/99, interpretou que o prazo decadencial em tela inicia-se na data do pagamento indevido (CTN, arts. 165, I e 168, I). A corroborar seu entendimento, mencionou também a Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, arts. 3º e 4º.

O Recurso Voluntário de fls. 358/363, tempestivo (fls. 307, 308 e 358), insiste na repetição do indébito.

Reitera que no caso de inconstitucionalidade o prazo começa a contar da Resolução do Senado Federal, mencionando em seu favor jurisprudência deste Segundo Conselho de Contribuintes e doutrina de Marco Aurélio Greco e Helenilson Cunha Pontes.

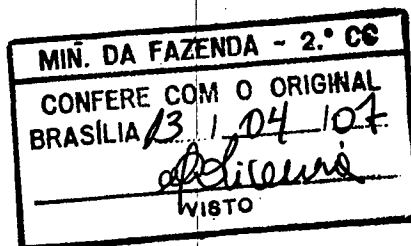
É o relatório.





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077



2º CC-MF
Fl. _____

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72, pelo que dele conheço.

A questão a tratar diz respeito ao prazo para repetição do indébito oriundo de pagamentos a maior com base nos incisos II e III do art. 1º da Lei nº 8.033/90, que determinavam a incidência do IOF sobre a transmissão de ouro ativo financeiro e a transmissão ou resgate de título representativo de ouro.

Levando em conta a data do recolhimento mais recente (18/09/90), nego provimento ao Recurso.

Reconhecendo a controvérsia que o tema envolve, inclusive nesta Terceira Câmara, entendo que o prazo **para requerer** a repetição do indébito oriundo dos pagamentos indevidos ou a maior na hipótese de inconstitucionalidade decretada em sede de recurso extraordinário é contado da Resolução do Senado Federal que suspende os dispositivos em questão. Na situação, o prazo deve ser contado de Resolução do Senado nº 52, publicada em 25/10/1999.

Quanto ao **período a repetir**, abrange somente os cinco anos anteriores à data do pedido, contanto que este seja formulado em tempo hábil, ou seja, até 25/10/2004.

Como o Pedido de Restituição/Compensação foi protocolizado em 18/09/2000, não há que se falar em prescrição da ação judicial para repetir o indébito, tampouco em decadência **do pedido de repetição**, nesta via administrativa.

Adoto o entendimento expresso no Acórdão abaixo do STJ, embora atualmente esse tribunal já tenha alterado sua jurisprudência (mais recentemente o Tribunal passou a interpretar que o prazo para repetição do indébito, na hipótese de lançamento por homologação, é de dez anos a contar do pagamento indevido, independentemente do indébito ser inconstitucionalidade de lei). Observe-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PIS. DECRETOS-LEI 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. LC Nº 7/70. BASE DE CÁLCULO. SEMESTRALIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA.IMPOSSIBILIDADE.

1. Não cabe a este Tribunal proceder ao exame de violações à Constituição pela via estreita do recurso especial.

2. Esta Corte já pacificou o entendimento no sentido de que o termo a quo do lapso prescricional para pleitear a restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de PIS é o da Resolução do Senado que suspendeu a execução dos Decretos-Lei nº 2.445/88 e 2.449/88, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal através do controle difuso.

3. Enquanto não ocorrido o respectivo fato gerador do tributo, não estará sujeita à correção monetária a base de cálculo do PIS apurada na forma da LC 07/70. Entendimento consagrado pela 1ª Seção do STJ.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 13/04/07
<i>[Assinatura]</i>
VISTO

2º CC-MF
Fl. _____

4. *Agravo regimental improvido.*

(Negrito ausente no original).

(STJ, 2ª Turma, Ag Rg no REsp. nº 449.019/PR, Rel. Min. João Otávio Noronha, J. à unanimidade em 20.05.03, DJU de 09.06.03);

Não considero que o prazo para repetição do indébito em foco começa a contar de 12/06/98, data da publicação do Recurso Extraordinário nº 190.363 – no qual o STF declarou inconstitucional o inc. II do art. 1º da Lei nº 8.033/90, interpretando que o ouro, definido como ativo financeiro ou instrumento cambial, sujeita-se, exclusivamente, ao IOF, devido na operação de origem, consoante o 153, § 5º, da Constituição – porque, como é cediço, os efeitos da decisão em sede dessa espécie recursal não são *erga omnes*, só se aplicando às partes. Daí que não se pode afirmar ter nascido naquela data, para a recorrente, o direito à repetição do indébito, na seara administrativa.

Por outro lado, como o prazo prescricional somente conta a partir do momento em que o direito à ação pode ser exercido (princípio da *actio nata*: a prescrição corre do ato a partir do qual se origina a ação), descabe, *data venia*, considerar aquela data, também no caso de ação judicial.

Esclarecido porque compreendo que o prazo para a restituição ou compensação do indébito começa a contar da publicação da Resolução do Senado nº 49/95, levando em conta que o pedido foi protocolizado em tempo hábil, trato do período a repetir.

Admito a **possibilidade** de repetição do indébito para os recolhimentos efetuados **até cinco anos antes do pedido**. Quanto aos valores recolhidos antes desse interstício, como acontece no processo em tela, estão atingidos pela decadência.

Diferencio a situação em que a declaração de inconstitucionalidade é proferida em sede do controle concentrado ou abstrato – ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) –, daquela em que a inconstitucionalidade é tratada na via difusa ou incidental.

~~É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos ex-~~
tunc da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868,¹ de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882,² de 03/12/99 (que trata da ADPF). Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

¹ Lei nº 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.”

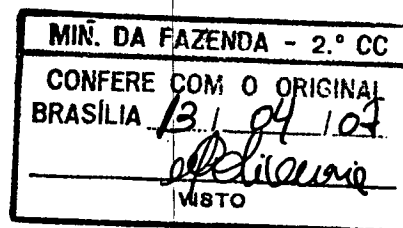
² Lei nº 9.882/99:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077



2ª CC-MF
Fl. _____

Diferentemente ocorre no controle difuso, em sede do qual inexistente a previsão para restrição quanto aos efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade. A nulidade com efeitos *ex tunc*, inicialmente com validade somente para as partes, após a resolução senatorial é estendida a todos (efeitos *erga omnes*). Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica.

Diferenciadas as duas situações, tem-se que no controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso ou incidental, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *in verbis*:

Recurso Extraordinário não conhecido – A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra – Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas pela prescrição. (Negrito ausente no original).

Doutrinariamente, ensinamentos constantes da obra Mandado de Segurança, de Hely Lopes Meirelles, Malheiros, 24ª edição, 2002, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, também informam o seguinte, às páginas 373/374:

Embora a ordem jurídica brasileira não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo e no plano do ato singular mediante a utilização das fórmulas de preclusão.

Os atos praticados com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação.

Importa, portanto, assinalar que a eficácia erga omnes da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, as condições para eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou impugnação.

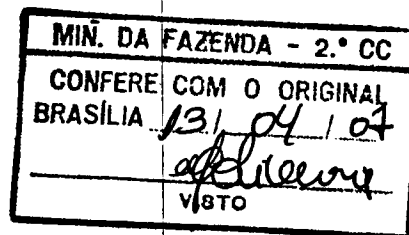
No caso do IOF, a preclusão para repetição do indébito, regra geral, ocorre cinco anos após a extinção do crédito tributário. Sendo um tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte se obriga ao recolhimento do tributo antecipadamente, antes do lançamento a cargo da administração tributária, o prazo para a restituição é dado pelo art. 168, I, combinado com o arts. 165, I, e 156, VII, todos do CTN. Ou seja: 05 (cinco) anos, a contar do pagamento indevido.

Referidos artigos estabelecem o prazo que finda em cinco anos, a contar da extinção do crédito tributário, para solicitação de repetição de indébito advinda de pagamento indevido ou a maior. Esse prazo deve imperar inclusive no caso de inconstitucionalidade decretada por meio do controle difuso, de modo a impedir a repetição de valores recolhidos no período anterior ao intervalo dos cinco anos que antecede o pedido.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077



2ª CC-MF
Fl. _____

Somente na hipótese de inconstitucionalidade proferida em sede do controle concentrado, quando o STF pode restringir os efeitos *ex tunc* da nulidade declarada, entendendo deva ser excetuada a regra geral, de forma a permitir a repetição de todo o período, a não ser que o Tribunal diga o contrário.

Quando a inconstitucionalidade for declarada em sede do controle concentrado, e o STF não tiver restringido os seus efeitos *ex tunc*, todos os pagamentos indevidos podem ser restituídos, contanto que o pedido de repetição do indébito seja formulado no prazo de cinco anos a contar da publicação do acórdão; quando declarada por meio do controle difuso, como se deu no IOF em questão, somente podem ser repetidos os pagamentos que ocorreram no interstício dos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido, neste caso com obediência aos artigos do CTN, mencionados acima.

Destaco que não me parece melhor a tese abraçada pelo STJ em inúmeros julgados, segundo a qual na existência de pagamento antecipado (para esse Tribunal quando não há pagamento não se trata de lançamento por homologação) o início do prazo prescricional para a repetição só começa no final dos cinco anos contados a partir do pagamento indevido, de modo a “duplicar” para 10 anos o intervalo.

Tal interpretação tem aplicado à repetição de indébito o entendimento de que o lançamento só é definitivo cinco anos após o fato gerador, podendo o fisco revisá-lo nos cinco anos seguintes.³ O Tribunal tem examinado em conjunto os arts. 173, I e 150, § 4º do CTN e deslocado o *dies a quo* da decadência para o final dos cinco anos referidos no art. 150, § 4º, contando a partir de então outro quíntuplo de anos, agora com base no art. 173, I, pelo que o *dies ad quem* passa para 10 anos após o fato gerador.

Se levarmos em conta que o direito de lançar é potestativo e independe do sujeito passivo, estando a depender tão-somente do Estado, torna-se inconcebível que este, por não exercer o seu direito no tempo prefixado, seja beneficiado e tenha o prazo de decadência alargado. É como se o titular do direito recebesse um prêmio (a dilação do termo inicial da decadência) por não exercê-lo no prazo prefixado. Da mesma forma com o prazo prescricional para repetição de indébito: quem pagou a maior ou indevidamente, por não exercer o direito nos primeiros cinco anos, estaria a receber como “prêmio” idêntica dilação de prazo.

É certo que o lançamento por homologação *pode* ser lançado tão logo acontecido o fato gerador. Assim, o termo *poderia*, inserido no art. 173, I do CTN para delimitar o marco inicial da decadência, precisa ser interpretado como se referindo ao início do tempo em que o lançamento de ofício (em substituição do de homologação, no caso de imposto devido maior que o apurado pelo contribuinte) *pode* ser feito, não o contrário, como pretende o STJ, ao interpretar que o prazo para o lançamento de ofício só começa após o fim do prazo para homologação.

Tanto quanto o prazo decadencial para o lançamento começa a contar da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º) - e não da homologação do procedimento adotado pelo contribuinte (considero que a homologação refere-se à atividade do sujeito passivo, que pode apurar saldo zero do tributo a pagar ou valor a restituir, inclusive) -, também o prazo prescricional para a repetição do indébito começa do pagamento antecipado, que extingue a

³ Cf. voto do Min. do STJ, Humberto Gomes de Barros, relator do RE nº 69.308/SP.



Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077

obrigação tributária consoante o § 1º do mesmo artigo. Assim também o prazo para a restituição/compensação na via administrativa. Essa a regra geral, que só não se aplica na situação em tela porque esta decorre de inconstitucionalidade.

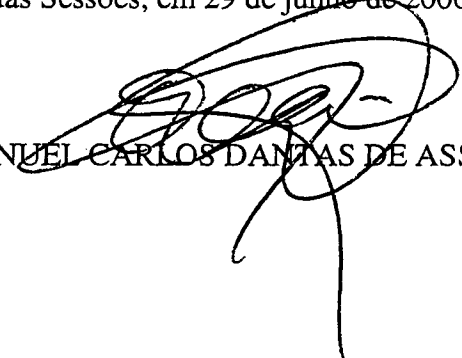
Na situação dos autos, cuja inconstitucionalidade foi declarada em sede de controle difuso ou incidental, o prazo começa da publicação da Resolução do Senado, como já esclarecido atrás. Por outro lado, só podem ser repetidos os pagamentos efetuados nos cinco anos imediatamente anteriores à data do pedido.

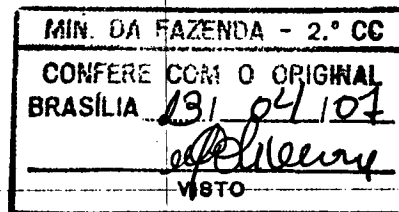
Como no caso ora julgado o pagamento mais recente foi realizado em 18/09/90, e o Pedido foi protocolizado 18/09/2000, todos os recolhimentos estão atingidos pela decadência.

Não fosse a decadência caberia restituir/compensar, após a devida comprovação pelo órgão de origem, os recolhimentos da recorrente efetuados com supedâneo nos incs. II e III do art. 1º da Lei nº 8.033/90.

Pelo exposto, face à decadência nego provimento ao Recurso.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.

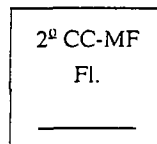
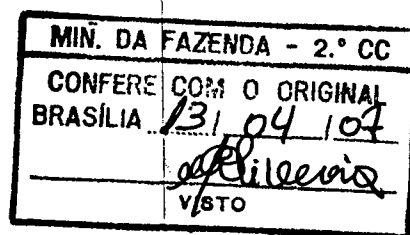

EMANUEL CARLOS DANTAS DE ASSIS





Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077



VOTO DA CONSELHEIRA SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA
RELATORA-DESIGNADA

É que no controle concentrado a instabilidade jurídica decorrente dos efeitos *ex tunc* da decretação de inconstitucionalidade pode ser mitigada pelo STF, como informam os arts. 27 da Lei nº 9.868,⁴ de 10/11/99 (que dispõe sobre a ADI e a ADC) e 11 da Lei nº 9.882,⁵ de 03/12/99 (que trata da ADPF). Assim, em vez de se permitir a restituição de todos os recolhimentos, por mais antigos que sejam, o STF pode restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

Diferentemente ocorre no controle difuso, em sede do qual inexistente a previsão para restrição quanto aos efeitos *ex tunc* da inconstitucionalidade. A nulidade com efeitos *ex tunc*, inicialmente com validade somente para as partes, após a resolução senatorial é estendida a todos (efeitos *erga omnes*). Neste caso, manter os efeitos *ex tunc* pode causar enorme insegurança jurídica. Por isto a necessidade de considerar a decadência, com o objetivo de dar eficácia ao princípio da segurança jurídica.

Diferenciadas as duas situações, tem-se que no controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato, zelar pela segurança jurídica fica a cargo do próprio STF; no difuso ou incidental, é função da decadência.

Neste ponto cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal também possui decisões no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade não influi na contagem do prazo prescricional, conforme demonstra o RE 57.310-PB, de 09/10/94, *in verbis*:

Discordo do Ilustre Conselheiro relator quanto a matéria em foco.

Para enfrentar a questão, o primeiro ponto a se examinar diz respeito ao termo inicial para a contagem do prazo decadencial para repetição de valores relativos a tributo pago com base em legislação declarada inconstitucional, com efeito *erga omnes*, no plano pessoal, por força de Resolução expedida pelo Senado Federal.

Ora, amparando-se no princípio de que as leis nascem com presunção de constitucionalidade, valores corretamente pagos com base nessas leis que se tornem indevidos ou maiores que o devido em face da legislação tributária aplicável, nos termos do art. 165, inc. I, do CTN, em virtude de controle de constitucionalidade, somente podem ser repetidos após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em ADIn ou após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspenda a execução dessas leis.

⁴ Lei nº 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.”

⁵ Lei nº 9.882/99:

“Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.”



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 13/04/07
<i>af. Ribeiro</i>
WSTO

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10768.018431/00-14
Recurso nº : 131.080
Acórdão nº : 203-11.077

Assim, na hipótese de inconstitucionalidade de lei, a data da extinção do crédito tributário não se presta a demarcar a ocorrência de indébito, não podendo, pois, o intérprete prender-se à literalidade do texto do art. 168, inc. I, do CTN, que trata do termo **a quo** para a contagem do prazo decadencial, pois, se assim procedesse, em última análise, terminaria por negar eficácia ao art. 165, inc. I, desse mesmo Código, tendo em vista que o tempo médio de solução das demandas jurídicas, com trânsito em julgado das decisões, sabidamente supera os cinco anos de que trata o inc. I do precitado art. 168.

Dessa forma, não servindo a data do pagamento que se tornou indevido para marco temporal do início da contagem do prazo decadencial, toma o seu lugar, **in casu**, a data da publicação da Resolução nº 52, de 1999, do Senado Federal, qual seja, 25 de outubro de 1999; e o quinquênio que a partir daí se conta é para postulação do direito nascido com a decretação da inconstitucionalidade, direito este que alcança todos os pagamentos comprovadamente efetuados sob a égide da legislação declarada inconstitucional.

É assente que a decretação de inconstitucionalidade, regra geral, produz efeitos **ex tunc** e, por isso, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, tratou de facultar ao STF a restrição dos seus efeitos, inclusive no plano temporal, da inconstitucionalidade, conforme dicção do art. 27 dessa lei, que assim prescreve:

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. (Grifou-se)

De se notar todavia que a situação dos autos é de controle difuso de constitucionalidade, não se lhe aplicando, portanto, os ditames do referido diploma legal, que, ademais de ainda não se encontrar em vigor, à época, somente alcança a decretação de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado e a ação declaratória de constitucionalidade.

Dessa forma, sendo **ex tunc** a regra geral para produção dos efeitos da inconstitucionalidade decretada, é de se concluir que todos os pagamentos que se tornaram indevidos são passíveis de repetição, desde que essa repetição seja requerida nos cinco anos subsequentes à publicação da Resolução do Senado Federal.

A tese de que seriam passíveis de repetição apenas os pagamentos efetuados nos últimos cinco anos até a decretação da inconstitucionalidade é fundamentada no princípio da segurança jurídica que, inclusive, norteou a redação do art. 27 supratranscrito. Entretanto, tal tese prestigia a segurança de uma das partes da relação jurídica em detrimento da outra, resguardando precipuamente as finanças do Estado para desprezar a presunção de constitucionalidade das leis, embora essa presunção seja imanente à segurança de todas as relações jurídicas e não só das relações entre os particulares e o Estado.

Concluo, pois, que, uma vez protocolizado o pedido nos cinco anos posteriores à publicação da Resolução do Senado Federal, existindo indébito decorrente da declaração de inconstitucionalidade que motivou a suspensão da execução da lei ou de dispositivos dela, por



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF

Fl.

Processo nº : 10768.018431/00-14

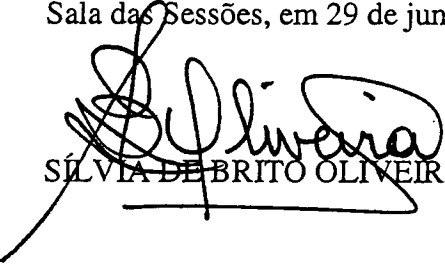
Recurso nº : 131.080

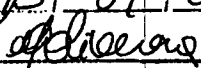
Acórdão nº : 203-11.077

meio dessa Resolução, relativo a pagamento anteriormente efetuado, não será esse indébito atingido pela decadência.

Em face disso, voto por dar provimento ao recurso para afastar a prejudicial de mérito e devolver os autos para a instância de piso para apreciação do mérito.

Sala das Sessões, em 29 de junho de 2006.


SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

MIN. DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 13/04/06

VISTO