



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

Processo nº 10830.003270/99-85
Recurso nº 166.667 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.025 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de agosto de 2009
Matéria Restituir
Recorrente INDÚSTRIA DE TRANSFORMADORES ITAIPU LTDA
Recorrida 4.a Turma da DRJ de Campinas/SP

IRPJ - RESTITUIÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 168 DO CTN - O prazo fixado para pleitear a restituição de tributos indevidamente pagos é de 5 (cinco) anos, tendo a distinguir o marco inicial de sua contagem tão-somente a forma em que se exterioriza o indébito. Se o crédito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido. No entanto, se o indébito se exterioriza no 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 jurídico norma declarada inconstitucional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 2ª câmara / 2ª turma ordinária do primeira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, DAR provimento ao recurso para afastar a declaração de prescrição do direito de pleitear a restituição, vencidos o Relator e o Conselheiro José Sérgio Gomes, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Carlos Passuello.

SANDRA FARONI - Presidente

MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO – Relator

JOSÉ CARLOS PASSUELLO – Redator Designado

Editado em: 22 FEV 2011

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado). Ausente, temporariamente o Conselheiro João Carlos de Lima Júnior.

Relatório

Trata de recurso contra a decisão da DRJ, que negou a restituição/compensação (posteriormente) de Contribuição Social Sobre o Lucro de 1998.

A contribuinte devido a declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do art. 8 da Lei n.º 7.689/88, instituidora da CSLL, ingressou com o pedido de restituição/compensação.

A solicitação inicial apresentada a DRF em Campinas em 07 de maio de 1999 fl. 2/3, teve negativa em 24 de dezembro de 2002 fl. 30/31, com o argumento de decadência.

A DRJ fl 131/138, também negou com o argumento de decadência.

A contribuinte, ora recorrente, fl.141/153, alega (síntese):

O ato declaratório SRF 96/99 seria inválido, pois, usava como prazo inicial para a contagem do prazo decadencial previsto no inciso I do art. 168, do Código Tributário Nacional (CTN) cinco anos da data do pagamento original, inclusive, no caso de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF);

Afirma que, o pagamento indevido diante da inconstitucionalidade da lei que criou o tributo materializa-se na data da decisão do STF;

Cita jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes;

Voto Vencido

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dela tomo conhecimento para exame das razões trazidas pelo sujeito passivo.

O CTN no inciso I art. 168 dispõe:

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados.

I – nas hipóteses dos incisos I e II do art 165, da data da extinção do crédito tributário,

O inciso I do art. 165 do CTN trata da cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido.

Paulo de Barros de Carvalho a respeito do tema ensina:

“Quem tenha pagado tributo indevidamente dispõe do prazo de 5 anos para requerer sua devolução. É um prazo de decadência, que fulmina o direito de pleitear o retorno. Manifestada a inércia do administrado, durante aquele período, acontece, inapelavelmente, o prazo de cinco anos para pedir a devolução, na esfera administrativa, é contado do seguinte modo: a) a partir do momento em que se deu o pagamento espontâneo do tributo indevido ou a maior, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do evento efetivamente ocorrido, b) também a contar da data do recolhimento, quando houver erro na identificação do sujeito passivo(.)”

Na realidade, não haveria dúvidas quando a interpretação dos dispositivos acima, em que pese alguns não gostarem do método de interpretação literal, é ele cabível no caso em questão.

Contudo, alguns julgados de tribunais superiores (notadamente o STJ), deram a tal interpretação de cinco mais cinco, interpretação, que apesar de ser de fonte respeitável nunca me pareceu aceitável.

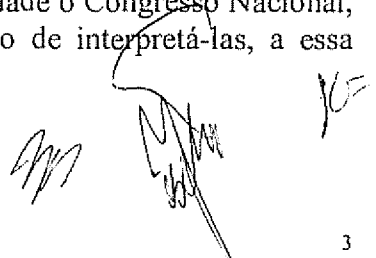
Posteriormente, a Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005 no art. 3º dispôs:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da lei nº 5 172, de 25 de outubro de 1966-Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 da referida lei ”

No art. 4.º

“Art. 4ª Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5 172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional ”

No caso, entendo que tal artigo seria completamente desnecessário se não fosse as interpretações dos tribunais, a respeito da matéria. Na realidade o Congresso Nacional, aquele que detêm o poder de fazer as leis também tem o direito de interpretá-las, a essa interpretação chama-se interpretação autêntica.



A interpretação autêntica é aquela feita pelo próprio órgão do qual emanou a lei. A interpretação autêntica se processa mediante a elaboração de leis interpretativas, ou seja, leis que têm por finalidade a determinação do sentido de uma norma jurídica.

A respeito de lei interpretativa o inciso I do artigo 106, do Código Tributário Nacional tem o seguinte enunciado:

“Art. 106 A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”

Assim, quanto aos efeitos, sabemos da eficácia retroativa de que se reveste a lei interpretativa, já que mesmo antes de receber autêntica interpretação a norma anterior já gerava efeitos jurídicos, salvo se a controvérsia já houver sido resolvida pelo trânsito em julgado da sentença.

Este aspecto remonta ao direito romano tal modo justificava-se em razão de que uma lei confeccionada exclusivamente para explicar o sentido de outra existente, não gera nova disposição, mas apenas identificava-se com a existente. A legitimidade dessa eficácia retroativa assenta-se na intenção do legislador de ordenar uma mudança na jurisprudência, fazendo com que os tribunais adotem uma determinada direção ou entendimento da lei.

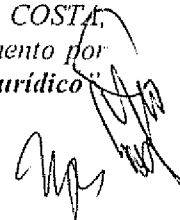
Assim, o prazo para repetir o tributo é de cinco anos, e tem início com a extinção do crédito tributário, ao teor do artigo 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

Quanto à tese dos dez anos, transcrevo excerto de texto do professor Eurico Marcos Diniz de Santi, na obra Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Editora Max Limonad, São Paulo, 2000, p. 268 a 270 – capítulo 10.6.3, cujo título é “A tese dos dez anos do direito de o contribuinte pleitear a restituição do débito do Fisco”:

“Assim entendeu-se que a extinção do crédito tributário, prevista no Art. 168, I do CTN, está condicionada à homologação expressa ou tácita do pagamento, conforme Art. 156, VII do CTN, e não ao próprio pagamento, que é considerado como mera antecipação, ex vi do Art. 150, § 1º do CTN. Como, normalmente, a extinção do crédito tributário se realiza com a homologação tácita, que sucede cinco anos após o fato jurídico tributário ex vi do Art. 150, § 4º do CTN, passou-se a contar cinco anos da data do fato gerador para se configurar a extinção do crédito, e mais outros cinco anos da data da extinção, perfazendo o prazo total de 10 anos

*Não podemos aceitar esta tese, primeiro porque **pagamento antecipado** não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas **pagamento efetivo, realizado antes e independentemente de ato de lançamento***

*Segundo porque se interpretou o “sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento” de forma equivocada. Mesmo desconsiderando a crítica de ALCIDES JORGE COSTA, para quem “não faz sentido (...), ao cuidar do lançamento por homologação, pôr condição onde inexistente **negócio jurídico**”*



*pois "condição é modalidade de negócio jurídico e, portanto, inaplicável ao ato jurídico material" do pagamento, não se pode aceitar **condição resolutiva** como se fosse necessariamente uma condição suspensiva que retarda o efeito do pagamento para a data da homologação*

A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracterizada a extinção do crédito no âmbito do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora com plena eficácia o pagamento, a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro dos prazos prescricionais

Se o fundamento jurídico da tese dos dez anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação.

*Portanto, a **data da extinção do crédito tributário**, no caso dos tributos sujeitos ao Art. 150 do CTN, deve ser a data efetiva em que o contribuinte recolhe o valor a título de tributo aos cofres públicos e haverá de funcionar, **a priori**, como **dies a quo** dos prazos de decadência e de prescrição do direito do contribuinte. Em suma, o contribuinte goza de cinco anos para pleitear o débito do Fisco, e não dez "(grifos do original)*

Conclui-se, portanto, que, se o pagamento antecipado extingue o crédito tributário sob condição de sua ulterior homologação, seus efeitos devem ser observados desde a data do efetivo pagamento, porque esta cláusula reflete uma condição resolutória (os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados, com a condição resolutória, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio).

Assim, por dois motivos, um por ser de clara interpretação os dispositivos citados, outra, por estar diante de interpretação autêntica, não tenho como fugir de cinco anos para repetir, mesmo no caso de tributos declarados inconstitucionais.

Sala das Sessões, em 27 de agosto de 2009


Mário Sérgio Fernandes Barroso



Voto Vencedor

José Carlos Passuello – Redator Designado

Ouvi atentamente a leitura do voto do Ilustre Conselheiro Relator e, baseado em minha convicção pessoal e com respaldo na majoritária jurisprudência deste Colegiado, principalmente no extinto 1º Conselho de contribuintes, ousou divergir de seu judicioso entendimento.

E as razões são várias.

A primeira se baseia no sentimento de cidadania que, mesmo não se revestindo de elevada qualificação técnica carrega forte conotação de justiça e indignação contra os desmandos governamentais.

É a via arrecadatória perpetrada no canal de leis inconstitucionais que não deveriam ser motivo para qualquer ação arrecadatória, uma vez que declarada inconstitucional qualquer lei tributária não poderia ser ela motivo impulsionador de nenhuma ação forçada da estrutura pública, porém, o tributo calcado em seu texto acaba sendo cobrado e ainda cumulado com multa impositiva de ofício (quem sabe até qualificada) e juros.

Diante desse sentimento é absolutamente lógico entender que qualquer tributo que tenha sido arrecadado pelo cidadão de boa fé e diante da presunção de constitucionalidade da lei editada deva ser de pronto, e se possível por imediata ação governamental, mesmo sem a necessidade de qualquer providência do cidadão prejudicado, já que a declaração de sua inconstitucionalidade implica em declaração de que a lei nunca poderia provocar danos ou proveitos patrimoniais, restituído. É o mais claro exemplo de enriquecimento ilícito pelo Estado.

Porém não é assim que as coisas funcionam em nosso sistema jurídico.

Além de não tomar qualquer medida concreta no sentido de ressarcir o cidadão pelo valor dos tributos declarados inconstitucionais e já recolhidos, o Estado busca na legislação interpretações que possam beneficiar a arrecadação, como no presente caso.

É que, como judiciosamente consta estampado no voto vencido, o Estado entende que o prazo para que o cidadão (ou empresa) que tenha recolhido tributo declarado definitivamente inconstitucional solicite o ressarcimento (restituição) pelo dano financeiro que foi induzido no prazo de cinco anos contados da data do recolhimento, sob pena de, em não o fazendo, preclua o seu direito de ver reparado o dano.

É comum a situação caracterizada pela tão decantada demora nos julgamentos do judiciário brasileiro, onde muitas das declarações de inconstitucionalidades

somente foram firmadas e publicadas pelo Supremo Tribunal Federal em datas distantes mais de cinco anos do prazo de recolhimento do tributo inconstitucionalmente exigido.

Se esse entendimento for convalidado ele representará o sepultamento do direito do contribuinte de ver respeitada e cumprida a constituição, uma vez que lhe será impossível pleitear o ressarcimento do dano a que foi submetido.

Mas, alega o sistema judiciário, se o cidadão ou empresa tiver intentado ação judicial antes de decorridos tais cinco anos, o seu direito de ressarcimento estará garantido.

Bem, mas isso somente é válido para cidadãos e empresas que se assessoram com onerosos advogados e assessores e que tem a “coragem” de afrontar a presunção de constitucionalidade que permeia os atos impositivos legais, enquanto os outros, que representam a grande maioria, têm seus patrimônios desfalcados por imposições inconstitucionais.

Ainda, ao adotar o texto do artigo 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005, ou o art. 165 do CTN, estamos esquecendo que ele se aplica somente aos créditos tributários, conceito esse que seguramente não pode ser atribuído a uma exação de exigência inconstitucional, já que sua inconformidade com a Constituição lhe retira qualquer característica tributária.

Mas não vamos apoiar o voto nessa linha de raciocínio, apesar de ser ela válida.

Por tudo isso seria de se entender que em consequência de recolhimento de qualquer tributo declarado inconstitucional deveria corresponder a uma ação do Estado de restituição do mesmo valor, independentemente de data ou valor, e com a maior urgência.

Mas, a jurisprudência não se inclinou nesse sentido, buscando uma solução mitigada em que contempla, de um lado a dificuldade de ressarcir valores recolhidos em épocas muito remotas e de outro possibilitar com alguma razoabilidade o exercício da ação daqueles que recolheram de boa fé o tributo (ou valor financeiro) declarado inconstitucional.

Para confirmar a predominância jurisprudencial, trago excertos das 3 Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais dos extintos Conselhos de Contribuintes:

Número do Recurso: 103-133085

Turma: PRIMEIRA TURMA

Número do Processo: 13805.001974/98-92

Tipo do Recurso: RECURSO DO PROCURADOR

Matéria: IRPJ

Recorrente: FAZENDA NACIONAL

Interessado(a): ITAÚ WINTERTHUR SEGURADORA S.A.

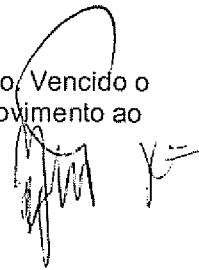
Data da Sessão: 19/06/2006 08:30:00

Relator(a): José Carlos Passuello

Acórdão: CSRF/01-05.457

Decisão: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Cândido Rodrigues Neuber que deu provimento ao recurso.



Inteiro Teor do Acórdão



Ac CSRF 01-05457 - 103-133085 ok.pdf

Ementa: IRPJ - RESTITUIÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 168 DO CTN - O prazo fixado para pleitear a restituição de tributos indevidamente pagos é de 5 (cinco) anos, tendo a distinguir o marco inicial de sua contagem tão-somente a forma em que se exterioriza o indébito. Se o crédito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido. No entanto, se o indébito se exterioriza no 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 jurídico norma declarada inconstitucional. Recurso especial negado.

Número do Recurso: 201-126736

Turma: SEGUNDA TURMA

Número do Processo: 10120.005032/2001-88

Tipo do Recurso: RECURSO DO PROCURADOR

Matéria: RESTITUIÇÃO/COMP PIS

Recorrente: FAZENDA NACIONAL

Interessado(a): SUPERMERCADO SERVE RIO VERDE LTDA

Data da Sessão: 25/07/2006 09:30:00

Relator(a): Henrique Pinheiro Torres

Acórdão: CSRF/02-02.399

Decisão: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Antonio Carlos Atulim e Antonio Bezerra Neto que deram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Adriene Maria de Miranda.

Ementa: PIS. PRESCRIÇÃO. - O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional, somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Recurso especial negado

Número do Recurso: 201-126316

Turma: SEGUNDA TURMA

Número do Processo: 13873.000203/99-55

Tipo do Recurso: RECURSO DO PROCURADOR

Matéria: RESTITUIÇÃO/COMP PIS

Recorrente: FAZENDA NACIONAL

Interessado(a): COPICAL AVARÉ COMÉRCIO DE TINTAS LTDA

Data da Sessão: 24/07/2006 15:30:00

Relator(a): Adriene Maria de Miranda

Acórdão: **CSRF/02-02.373**

Decisão: **NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA**

Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Antonio Carlos Atulim e Antonio Bezerra Neto que deram provimento ao recurso

Inteiro Teor do Acórdão



Ac CSRF 02-02373 - 201-126316 ok pdf

Ementa: PIS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL DE CONTAGEM. RESOLUÇÃO Nº. 49 DO SENADO FEDERAL. - O prazo prescricional para se pleitear a restituição/compensação do indébito inicia-se da Resolução nº. 49, de 10/10/1995, do Senado Federal, a qual conferiu efeito erga omnes à decisão que declarou inconstitucional os Decretos-Leis nos. 2.445/88 e 2.449/88, eis que proferida inter partes em sede de controle difuso de constitucionalidade. Precedentes CSRF Recurso negado.

Número do Recurso: **303-127151**

Turma: **TERCEIRA TURMA**

Número do Processo: **10830.007632/99-16**

Tipo do Recurso: **RECURSO DE DIVERGÊNCIA**

Matéria: **FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO**

Recorrente: **FAZENDA NACIONAL**

Interessado(a): **COLOVIDRO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

Data da Sessão: **21/02/2005 09:30:00**

Relator(a): **Carlos Henrique Klaser Filho**

Acórdão: **CSRF/03-04.230**

Decisão: **NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE**

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso

Inteiro Teor do Acórdão



Ac CSRF 03-04230 - 303-127151 pdf

Ementa: FINSOCIAL – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – CONTAGEM DE PRAZO PARA DECADÊNCIA - O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito. O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00. Não havendo análise do mérito do pedido em prestígio ao duplo grau de jurisdição afasto a decadência (prescrição) devendo o pedido ser remetido para primeira instância, para aferição dos cálculos apresentados. Recurso especial negado.

Visando justificar minha posição, trago o conteúdo do voto que proferi quando da prolação da decisão consubstanciada no Acórdão nº CSRF/01-05.457, cuja ementa está acima transcrita, que contém a posição majoritária do então 1º Conselho de Contribuintes:

“A questão, como já afirmado, restringe-se à contagem do prazo prescricional que envolve pedidos de restituição ou compensação de

tributos declarados inconstitucionais, quando à data inicial da contagem.

A divergência de posições é clara, entendendo a Câmara recorrida que a declaração de inconstitucionalidade dispara a contagem do prazo prescricional enquanto a Fazenda Nacional prefere defender que o início de tal prazo é a data da extinção do crédito tributário, dando a entender que corresponde ela à data do pagamento, mesmo indevido, do tributo cuja restituição ou compensação está sendo pleiteada.

A jurisprudência em favor da decisão recorrida é esmagadora neste Colegiado, mas não é possível simplesmente adotá-la sem formulação de um juízo de julgamento e um questionamento objetivo dos argumentos contrários expendidos no recurso sob apreciação.

A Fazenda Nacional, no recurso, argumenta que, como transcrito no relatório, “teria, então, de guardar, indefinidamente, todos os documentos que comprovem o pagamento de imposto pelos contribuintes, aguardando, eternamente, o ajuizamento de ações de repetição de indébitos decorrentes de cada norma que pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo aquelas normas publicadas há mais 50, 100 ou mais anos, para, pelo menos, comprovar os cálculos dos valores a serem restituídos, apresentados pelos contribuintes, estariam corretos...”.

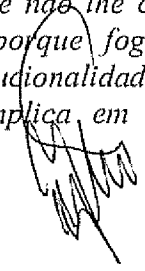
No argumento acima dois aspectos sobressaem.

O primeiro, sobre a guarda da documentação que comprova o recolhimento de tributo inconstitucionalmente exigido, há evidente equívoco, uma vez que a comprovação do recolhimento é atribuída ao contribuinte mediante prova concreta, não sendo isso ônus da Fazenda Pública.

O segundo, sobre a eternização do direito, veremos que inexiste na prática, uma vez que a própria obrigatoriedade de prova material do recolhimento é necessária, o que impossibilita, entre outras condições, tal eternização.

Ainda, o argumento de que não consta do artigo 168 do CTN a situação especial de declaração de inconstitucionalidade, tem como elemento frágil o entendimento de que o CTN poderia ou deveria prever tal hipótese.

Parece-me evidente que a norma expressa abrange as condições gerais e normas de validade da legislação vigente em condições de constitucionalidade, uma vez que não lhe competia regular situações de inconstitucionalidade, até porque fogem elas da normalidade apoiada na presunção de constitucionalidade das leis e ainda porque a inconstitucionalidade da lei implica, em sua inexistência fática e jurídica.



É que a lei inconstitucional ou inexistente não pode criar imposições financeiras sob pena de enriquecimento ilícito do Poder Público decorrente do extremo exagero impositivo.

Entre os argumentos transcritos oriundos da doutrina¹ é correta a afirmativa de que a ADIN é imprescritível, situação declarada na Súmula nº 360 do STF expedida em 13.12.1963, quando se referia ao artigo 8º, parágrafo único da antiga Constituição Federal (1946), já que apontada no artigo 102 da atual Carta Magna anotada e divulgada no site do STF.

Isso, porém, sem dúvida não pode ser interpretado como uma forma de ameaçar a segurança jurídica nas relações entre as pessoas, como sugerido no recurso, já que estamos diante de um direito superior calcado justamente na segurança jurídica nacional definida no texto constitucional como norma superior definidora da própria relação jurídica.

É tão importante a norma constitucional que ultrapassa quaisquer outras relações jurídicas e resume a segurança jurídica estatuida na forma política constitucionalizada.

Tanto que o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado reiteradamente acerca da segurança jurídica com apoio constitucional, como nos seguintes casos:

"A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão — nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura — pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas." (ADI 2105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00)

"O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem à Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais."

¹ SANTI, Eurico Marcos Diniz, in Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª edição, Ed Max Limonad, pp. 275,276

especialmente porque são irritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.” (ADI 293-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/04/93)

Parece-me ser a garantia constitucional de validade da norma um efeito jurídico superior àquele emanado de norma inferior temporal expressa na prescrição, sob pena de atribuir à inconstitucionalidade da lei efeitos temporários e relativizados diante da presunção de constitucionalidade da lei.

Diante desse cenário é irrelevante a lentidão ou demora de decidir do poder judiciário, que não pode servir de pretexto para afastar a inconstitucionalidade da lei, já que, garantir a validade de lei inconstitucional por qualquer forma, meio ou expediente, é ferir de morte a vontade constitucional do Estado de Direito.

Se lei inconstitucional não pode ser relativizada no tempo, muito menos pode ser relativizada pela condição pessoal do cidadão diferenciando-o pela condição pessoal de conhecimento jurídico especializado que o credencie a questionar a constitucionalidade da lei perante outros que não tem tal lucidez intelectual, ou ainda, que tenham capacidade financeira de contratação de profissionais de direito contra aqueles que não a tem.

Trago excerto da ementa da ADI 1.247 MC/PA, Min. Celso de Mello (17.08.1995), que expressa que “ ... O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, eis que os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo. Súmula 360.”

Se a lei é inconstitucional, ela o deve ser para todos e não apenas para alguns que apresentem situação ou condição privilegiada, sob pena de transformar a constituição em texto não isonômico e garantidor de privilégios.

Não fosse assim não prosperaria o princípio de constitucionalidade das leis que aconselha ao cidadão obediência a elas, entendendo ser a lei a principal forma de sua garantia individual, de seus direitos e obrigações em relação aos demais cidadãos e aos poderes constituídos.

Penso que não pode ser punido o cidadão, no caso contribuinte, que se quedou inerte movido pelo temor e respeito diante da lei, mas que, em determinado momento foi alertado pelo STF, guardião dos direitos e

obrigações constitucionais, que determinada imposição não tinha abrigo na norma superior, comparativamente com aquele outro cidadão que buscou formas sofisticadas de afrontar a lei mercê de força econômica ou apurado conhecimento jurídico.

Não vejo outro “modo incondicional” (ADI 293-mc) de respeitar “os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional” no presente caso, senão sobrepujando a constitucionalidade da lei ao instituto da prescrição.

Até porque é inconcebível que o instituto da prescrição opere, mesmo que de forma indireta, a constitucionalização de lei declarada inconstitucional, mesmo que apenas para eventos ocorridos antes da sua declaração de inconstitucionalidade.

É de se ressaltar que o entendimento acima explanado somente se apresenta consistente no âmbito da inconstitucionalidade da lei, condição que extrapola o contexto jurídico nacional e regula a soberania dos poderes constituídos e o direito básico do cidadão, não se operando da mesma forma nas relações infraconstitucionais em que a segurança jurídica é assegurada no contexto da constitucionalidade da norma.

É de se lembrar a ADI 1.715 MC/DF, Rel. Min. Mauricio Correa (21.05.1998), segundo a qual “... 6. Os prazos de prescrição ou de decadência são objeto de disposições infraconstitucionais”.

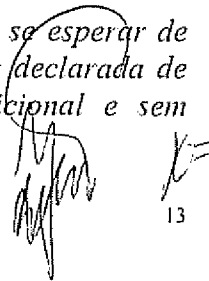
Diante de normas constitucionais a decadência, a prescrição e as nulidades devem ser discutidas nos limites da segurança jurídica do sistema.

A constitucionalidade da norma é a segurança jurídica maior (absoluta) a ser preservada e dentro dela o sistema deve obedecer a regras, inclusive de segurança jurídica relativa.

A inconstitucionalidade, por representar quebra absoluta à segurança jurídica, não pode ser utilizada em favor de proveito a nenhuma instituição, a nenhum poder político e a nenhuma pessoa ou cidadão.

Assim, não me sensibiliza o argumento de que pode o contribuinte vir a reclamar reparo de pagamentos efetuados há 200 anos atrás (como alega a recorrente – fls. 96), uma vez que havido o recolhimento aos cofres públicos de forma inconstitucional (não se trata de forma apenas ilegal), confirmar que o recolhimento foi adequado significa criar condições de relatividade à inconstitucionalidade e constitucionalizar procedimento inconstitucional (de cobrança).

Isso sem aprofundar a discussão à atitude que seria de se esperar de um Governo ideal, que, diante da inconstitucionalidade declarada de lei tributária, deveria proceder à restituição incondicional e sem



necessidade de provocação pelos contribuintes, da totalidade do montante inconstitucionalmente arrecadado.

Nessa linha de raciocínio, perfilho-me entre aqueles que entendem que a declaração de inconstitucionalidade alerta o cidadão acerca de seu direito ter sido violado de forma absoluta, limitando-se a aplicação dos institutos de segurança jurídica relativa (decadência ou prescrição) ao elemento temporal futuro (início da contagem coincidente com a declaração de inconstitucionalidade), como bem expressara, ainda que de forma juridicamente mais adequada que a presente, entre tantos os relatores dos votos condutores dos Acórdãos nº 101-95.330 e 103-20886, com ementas abaixo transcritas:

Número do Recurso: 141830

Câmara: PRIMEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10680.012531/98-92

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: IRPJ

Recorrente: TRAÇÃO ASSESSORIA E TRANSPORTES S.A.

Recorrida/Interessado: 4ª TURMA/DRJ-BELO HORIZONTE/MG

Data da Sessão: 09/12/2005 01:00:00

Relator: Sebastião Rodrigues Cabral

Decisão: Acórdão 101-95330

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso.

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSL - RESTITUIÇÃO - CONTAGEM DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 168 DO CTN - O prazo fixado para pleitear a restituição de tributos indevidamente pagos é de 5 (cinco) anos, tendo a distinguir o marco inicial de sua contagem tão-somente a forma em que se exterioriza o indébito. Se o crédito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, calcado em situação fática não litigiosa, o prazo tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido. No entanto, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstruir 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 jurídico 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 Recurso conhecido e não provido.

Número do Recurso: 128018

Câmara: TERCEIRA CÂMARA

Número do Processo: 10850.000810/97-51

Tipo do Recurso: VOLUNTÁRIO

Matéria: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO

Recorrente: MÁRIO PNEUS LTDA.

Recorrida/Interessado: DRJ-JUIZ DE FORA/MG

Data da Sessão: 21/03/2002 00:00:00

Relator: Victor Luís de Salles Freire

Decisão: Acórdão 103-20886



Resultado: DPU - DAR PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão: Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso.

Ementa: PEDIDO DE COMPENSAÇÃO - PRESCRIÇÃO COMPUTADA A PARTIR DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL.

Retirado o dispositivo do mundo jurídico por força de resolução editada pelo Senado Federal, é só a partir da data de sua publicação que pode ser considerado indevido o pagamento efetuado de acordo com a sistemática ditada pelo diapasão então excluído. Neste mesmo sentido, é só a partir também daquela data que começa a ser contado o prazo de prescrição. Recurso Conhecido e Provido (DOU 30/04/02)

Ainda e para reforçar a atual posição jurisprudencial deste Colegiado, cito o STF – RE 136833, pela sua ementa (Rel. Min. Sepúlveda Pertence):

"Empréstimo compulsório (Dl. 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal (RE 121.336, Plen., 11.10.90, Pertence): direito do contribuinte a repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido."

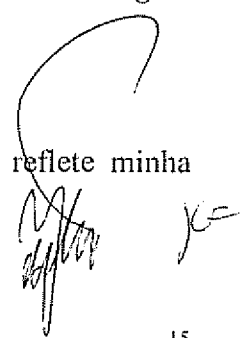
A ressalva temporal constou igualmente da parte expositiva do voto:

"3. Declarada, assim, pelo Plenário, a inconstitucionalidade material das normas legais em que fundada a exigência da natureza tributária, porque feita a título de cobrança de empréstimo compulsório -, segue-se o direito do contribuinte à repetição do que pagou (C. Trib. Nac., art. 165), independentemente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

Assim, me mantenho votando como anteriormente, no entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, como no presente caso, expressa em 18.11.1996 pela Resolução do Senado nº 82/96, alcança seus efeitos "erga omnes" beneficiando toda a sociedade relativamente ao caso concreto de recolhimento do tributo declarado inconstitucional, sem limitação de tempo quanto à retroação de seus efeitos.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional e, no mérito, negar-lhe provimento."

O entendimento geral da questão está expresso acima, que reflete minha posição tradicional, que se mantém no presente voto.



O caso específico tratado no presente processo, apesar de não ter presente os autos, mas que posso identificar diante do confiável relatório elaborado pelo I Relator do Voto Vencido, versa sobre a restituição/compensação da Contribuição Social Sobre o Lucro relativa ao ano-calendário de 1998 (Art. 8º, da Lei nº 7.689/88). A solicitação inicial teria sido protocolada em 07.05.1999.

Para lembrar, cito jurisprudência específica:

Número do Recurso: 105-130579

Turma: PRIMEIRA TURMA

Número do Processo: 10830.004229/99-17

Tipo do Recurso: RECURSO DO PROCURADOR/RECURSO DE DIVERGÊNCIA

Matéria: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL/LL

Recorrente: FAZENDA NACIONAL

Interessado(a): ITOIL INDUSTRIA DE TRATAMENTO DE ÓLEOS ISOLANTES LTDA.

Data da Sessão: 15/06/2004 09:30:00

Relator(a): Mário Junqueira Franco Júnior

Acórdão: CSRF/01-04.993

Decisão: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

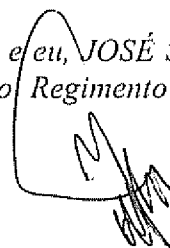
Texto da Decisão: Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Cândido Rodrigues Neuber, Leila Maria Scherrer Leitão e Marcos Vinícius Neder de Lima que deram provimento ao recurso.

Ementa: INCOSTITUCIONALIDADE DECLARADA – RESOLUÇÃO SENATORIAL – ATO ADMINISTRATIVO RECONHECENDO A INVALIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – ARTIGO 168 – CONTAGEM DO PRAZO PARA REPETIR – O prazo prescricional previsto no artigo 168 do CTN conta-se do instante em que surge para o contribuinte a actio nata, com a exclusão da presunção de constitucionalidade de determinada lei, seja em razão de julgamento por Tribunal Superior, ou com o reconhecimento, pelo próprio Poder Executivo, da inexistência de relação jurídico-tributária válida. Para a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, exigida em 1988, a contagem se inicia da edição da Resolução do Senado Federal nº 11/95. No caso do Imposto sobre o Lucro Líquido, a contagem se inicia a partir da edição da Resolução do Senado Federal nº 82/96, quando referente a sociedades anônimas, ou da edição da IN SRF 63/97, quando referente a sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que não possuíam em seus contratos sociais cláusula de automática distribuição de lucros. Recurso negado.

Por oportuno trago o teor da Resolução nº 11/1995:

Faço saber que o SENADO FEDERAL aprovou, e eu, JOSÉ SARNEY, Presidente, nos termos do art. 48, item 28 do Regimento Interno, promulgo a seguinte

RESOLUÇÃO Nº 11, DE 1995



*Suspende a execução do
art. 8º da Lei nº 7.689, de
15 de dezembro de 1988.*

O SENADO FEDERAL resolve:

*Art. 1º É suspensa a execução do disposto no art. 8º da Lei nº 7.689, de
15 de dezembro de 1988.*

Art. 2º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, 4 de abril de 1995.

SENADOR JOSÉ SARNEY

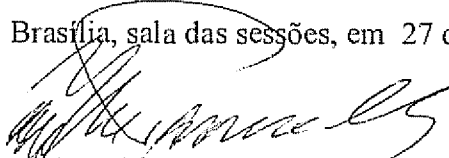
Presidente do Senado Federal

Este texto não substitui o publicado no DOU de 12.4.1995

Tendo sido publicada em 12.04.1995, portanto o pedido de restituição protocolado em 07.05.1999, o foi dentro dos cinco anos admitidos pela jurisprudência, portanto tempestivo e deve ser apreciado com o reconhecimento do direito à restituição, sem ressalvas, já que não consta do relatório qualquer divergência relativa a valores e o recolhimento.

Assim, diante do que consta do processo, voto por conhecer do recurso voluntário interposto pelo contribuinte e, no mérito dar-lhe provimento.

Brasília, sala das sessões, em 27 de agosto de 2009


José Carlos Passuello

