



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO N° : 10845.000813/2001-19
SESSÃO DE : 17 de fevereiro de 2004
ACÓRDÃO N° : 302-35.948
RECURSO N° : 127.650
RECORRENTE : MARINHO & WERNECK MERCANTIL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

COTA DE CONTRIBUIÇÃO INCIDENTE SOBRE EXPORTAÇÃO DE CAFÉ -
DECRETO-LEI N° 2.295/86

INCONSTITUCIONALIDADE

É vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor, salvo nos casos especificados (art. 22-A do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, com a redação dada pela Portaria MF nº 103/2002).

DECADÊNCIA

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional).

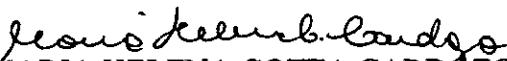
NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso para manter a decadência do direito da recorrente de pleitear a restituição, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Paulo Roberto Cuco Antunes. A Conselheira Simone Cristina Bissoto fará declaração de voto.

Brasília-DF, em 17 de fevereiro de 2004


PAULO ROBERTO CUCO ANTUNES
Presidente em Exercício


MARIA HELENA COTTA CARDOSO

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ELIZABETH EMÍLIO DE MORAES CHIEREGATTO, WALBER JOSÉ DA SILVA, LUIZ MAIDANA RICARDI (Suplente) e LUIS ALBERTO PINHEIRO GOMES E ALCOFORADO (Suplente). Ausentes os Conselheiros HENRIQUE PRADO MEGDA, PAULO AFFONSECA DE BARROS FARIA JÚNIOR e LUIS ANTONIO FLORA. Esteve presente o Procurador da Fazenda Nacional PEDRO VALTER LEAL. Fez sustentação oral o Advogado Dr. JOSÉ ANTONIO MINATEL. OAB/SP - 37.065.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.650
ACÓRDÃO Nº : 302-35.948
RECORRENTE : MARINHO & WERNECK MERCANTIL LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATORA : MARIA HELENA COTTA CARDOZO

RELATÓRIO

A empresa acima identificada recorre a este Conselho de Contribuintes, de decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP.

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

A interessada apresentou, em 15/03/2001, por meio de seu representante (instrumento de fls. 131), o pedido de restituição de fls. 01, no valor de R\$ 30.494.273,72, referente a Cota de Contribuição sobre Exportação de Café, com base na decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 191.044-5 (SP), na Instrução Normativa SRF nº 73/97 e no art. 66 da Lei nº 8.383/91.

O pedido foi acompanhado dos documentos de fls. 05 a 131.

DA DECISÃO DA DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL

Em 03/10/2001, a Delegacia da Receita Federal em Santos, por meio do Despacho Decisório nº 66/01, indeferiu o pedido de restituição, declarando a decadência (fls. 185 a 188).

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão da DRF em 17/10/2001 (fls. 188), a interessada apresentou, em 23/10/2001, por meio de seu advogado (instrumento de fls. 130), a Manifestação de Inconformidade de fls. 190 a 202, contendo os argumentos que leio em sessão, para melhor esclarecimento de meus pares.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 13/08/2002, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP exarou o Acórdão DRJ/SPOII (fls. 205 a 224), assim ementado:

“Restituição do Indébito. Extensão de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, pelos órgãos julgadores administrativos, nos casos de controle difuso. Prazo decadencial. Contribuição para o IBC. *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Inconstitucionalidade: Os órgãos administrativos de julgamento podem estender os efeitos de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, nos casos de controle difuso, se houver inequívoca manifestação do Supremo Tribunal Federal. Quando a decisão do STF não trata especificamente do mesmo assunto, a extensão não pode ser adotada (Lei 9.430/96, art. 77, Decreto 2.346/97 e Parecer PGFN 948/98).

Decadência: O direito não pode retroagir no tempo por períodos indefinidos e sem limite, pois feriria o próprio princípio da segurança das relações jurídicas, que é seu fundamento. A declaração de inconstitucionalidade produz efeito “*ex tunc*”, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional, não mais for suscetível de revisão administrativa e judicial (Decreto 2.346/97). O prazo decadencial conta-se a partir do pagamento indevido, por analogia do disposto no artigo 168, I, do CTN (Parecer PGFN 1.538/99 e ADN-SRF 96/99).

Solicitação Indeferida”

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada da decisão de primeira instância em 18/09/2002 (fls. 225), a interessada apresentou, em 16/10/2002, tempestivamente, por seu advogado (instrumento de fls. 130), o recurso de fls. 229 a 287, alegando, em síntese:

- o acórdão recorrido levanta duas questões centrais: necessidade de Resolução do Senado Federal para suspender a execução do Decreto-lei nº 2.295/86, e ausência de declaração de inconstitucionalidade desse Decreto-lei;

- entretanto, não há controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição Federal, posto que a compatibilidade entre eles, por opção da Suprema Corte, se resolve no âmbito da recepção, que pode resultar na revogação da lei questionada;

- se a Constituição não faz controle de constitucionalidade das leis anteriores a ela, nunca haverá expedição da Resolução do Senado exigida no Acórdão recorrido;

- embora a doutrina nacional majoritária seja no sentido da extensão do controle abstrato de normas ao direito pré-constitucional (cita Gilmar Ferreira Mendes), existe uma posição conciliadora, segundo a qual caberia ao constituinte optar entre as duas sistemáticas – revogação ou controle de constitucionalidade (cita Luís Roberto Barroso); *q.d.*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

- o Constituinte de 1988 não tratou dessa matéria, cabendo a opção ao STF, que escolheu a sistemática da revogação (ADIn nº 2);

- assim, é descabida a exigência do Acórdão recorrido, no sentido de que deva haver Resolução do Senado Federal ou ato do Secretário da Receita Federal, “já que, no julgamento do RE nº 191.044-5 (SP), a Suprema Corte não avaliou a constitucionalidade do Decreto-lei 2.295/86. Apenas não o recepcionou. A não-recepção determina a revogação do referido Decreto-lei, nos exatos termos da ementa do aludido Recurso Extraordinário”;

- o precedente judicial de que se trata constitui decisão soberana do STF, em sessão plenária, com caráter de definitividade, do contrário não seria garantida a segurança jurídica;

- ademais, tratando-se de juízo de recepção, que resultou na revogação do ato em tela, não há que se exigir novas decisões do Pleno;

- o RE aqui enfocado tem efeitos *erga omnes*, conforme acertadamente reconhece o Parecer PGFN nº 948/98 (cita doutrina de Marco Aurélio Greco);

- o STF reconheceu a inconstitucionalidade pretérita do Decreto-lei 2295/86, porém o Acórdão recorrido fez uma leitura forçada do voto do Ministro Carlos Veloso, cometendo dois equívocos: no RE em comento não foi feito o controle de constitucionalidade, mas sim juízo de recepção, que resultou na revogação do Decreto-lei em tela; não há “comentários marginais” sobre a inconstitucionalidade pretérita do Decreto-lei, mas sim reconhecimento expresso do STF, por meio do voto-vista do Ministro Ilmar Galvão, igualmente acolhido no julgamento do RE de que se cuida;

- relativamente à decadência, a decisão no RE 191.044-5 (SP) marca o termo inicial para o exercício do direito à restituição pleiteada;

- a decisão recorrida, nesse particular, teve como único fundamento a hierarquia, que é a única justificativa para a aplicação do Ato Declaratório SRF nº 96/99;

- entretanto, esse argumento não pode prevalecer perante o Conselho de Contribuintes, que não está subordinado aos atos emanados do Sr. Secretário da Receita Federal, mas unicamente à lei;

- o Ato Declaratório SRF nº 96/99 constitui mudança de interpretação administrativa, não condizente com o bom Direito; *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

- pretende tal ato que a data do pagamento do tributo constitua o termo inicial do prazo decadencial, porém a certeza sobre a existência do indébito só aparece com a decisão final da Suprema Corte, o que geralmente só vem a ocorrer muito tempo depois da extinção do crédito tributário;

- a contagem do prazo para o exercício do direito de pleitear o valor pago indevidamente, nos casos de tributo declarado inconstitucional pelo STF, deve se iniciar a partir da data da decisão judicial ou do ato administrativo que acatou tal decisão;

- tal matéria já foi enfrentada pelo Conselho de Contribuintes (cita os Acórdãos nºs 108-05.791, 108-06.283, 106-11.582, dentre outros);

- especificamente em relação à quota de contribuição sobre exportação de café, também já se pronunciou a Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, deliberando-se à unanimidade pelo reconhecimento do direito à restituição (cita a ementa do Acórdão 303-29.433);

- no caso em exame, não há que se cogitar de Resolução do Senado Federal, ou de qualquer ato administrativo afastando os efeitos da norma, posto que o Decreto-lei nº 2.295/86 já estava revogado quando da extinção do IBC, em março de 1990, além da confirmação da sua não recepção, em 18/09/97, pelo Pleno do STF;

- por meio do Acórdão CSRF/01-03.226, sessão de 19/03/2001, a Câmara Superior de Recursos Fiscais assegurou o direito do contribuinte, quando postulado dentro dos cinco anos subseqüentes ao reconhecimento de sua indevida incidência;

- tal entendimento vem sendo acatado também pelo Poder Judiciário (cita a Apelação Cível nº 99.02.28279-2, do TRF 2ª Região);

- em conclusão, superada a questão do prazo, incontroverso é o mérito, tendo em vista que a exação em tela foi considerada indevida por decisão do Pleno do STF e, assim, cabe aos órgãos julgadores administrativos afastar os seus efeitos (Decreto nº 2.346/97), efetuando-se a respectiva restituição conforme a IN SRF nº 21/97, alterada pela IN SRF nº 73/97 (junta parecer técnico sobre a matéria – fls. 262 a 287).

Ao final, a interessada pede a aplicação do art. 59, § 3º, do Decreto nº 70.235/72, superando-se a questão preliminar acerca do prazo para exercício do direito de restituição, e que seja reconhecido o direito creditório referente às parcelas de quota de contribuição de café, acrescidas de atualização monetária e juros Selic. *ML*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 293 (última), que trata da juntada do requerimento de fls. 292, no sentido de que as intimações sejam feitas diretamente ao advogado Manuel Pires da Silva Filho, no endereço especificado.

É o relatório. *PL*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

VOTO

Trata o presente processo, de pedido de restituição da cota de contribuição incidente sobre exportações de café instituída pelo Decreto-lei nº 2.295/86, recolhida de 26/05/87 a 13/10/88 (fls. 10 a 124), denegado pela Delegacia da Receita Federal em Santos/SP (Despacho Decisório nº 66/01 - fls. 185 a 188), instaurando-se assim o contraditório.

Levado o litígio ao exame da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo/SP, essa exarou o Acórdão DRJ/SPOII nº 1.232, de 31/08/2002, indeferindo a solicitação no mérito e declarando a decadência (fls. 501 a 505), razão pela qual foi interposto recurso voluntário, aportando os autos a este Conselho de Contribuintes.

Justificando o pedido de restituição, a interessada alega a existência de decisão emanada do Supremo Tribunal Federal em caráter definitivo. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 191.044-5 - SP, no qual a recorrente não figura como parte.

Embora esta Conselheira considere a decadência como matéria de mérito (art. 269 do Código de Processo Civil), tal tema vem sendo tratado pelos Conselhos de Contribuintes como preliminar e, por isso mesmo, abordado em primeiro plano. Não obstante, no caso em questão, o posicionamento sobre a decadência passa necessariamente pela abordagem do próprio direito material alegado, razão pela qual serão apresentadas considerações prévias ao exame da decadência que, sem dúvida alguma, encontram-se conectadas à operação de verificação sobre a perda do direito de pleitear a restituição em tela.

O recurso está fundamentado, basicamente, em três argumentos, a saber:

A) cabe aos órgãos julgadores administrativos afastar os efeitos do Decreto-lei nº 2.295/86, com base no Decreto nº 2.346/97, efetuando-se a respectiva restituição;

B) é descabida a exigência de Resolução do Senado Federal, retirando o Decreto-lei nº 2.295/86 do ordenamento jurídico, já que, no julgamento do RE nº 191.044-5 (SP), a Suprema Corte não avaliou a constitucionalidade do citado diploma legal, mas apenas não o recepcionou, e a não-recepção determina a revogação do ato, nos exatos termos da ementa do precedente judicial suscitado; *o/ll*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

C) o STF reconheceu a inconstitucionalidade pretérita do DL nº 2.295/86, por meio do voto-vista do Ministro Ilmar Galvão, igualmente acolhido no julgamento do RE de que se cuida.

No que tange ao argumento contido na letra “A” – afastamento dos efeitos do Decreto-lei nº 2.295/86, pela aplicação do Decreto nº 2.346/97 – são necessárias algumas considerações preliminares.

Primeiramente, releva notar que, em se tratando de Recurso Extraordinário, a manifestação do STF se dá pela via de exceção, também conhecida como controle difuso, incidental ou em concreto, cujos efeitos só atingiriam as partes em litígio, sem a aplicação da retroatividade (eficácia *ex nunc*).

A questão aqui proposta se desdobra em dois aspectos, a saber: o comportamento do Poder Executivo frente aos pronunciamentos do Excelso Pretório, em geral, e a análise do precedente judicial, em particular, trazido à colação pela empresa recorrente.

Sobre o primeiro ponto, cabe relembrar o comando constitucional regulador da matéria, contido no art. 52, inciso X, da Constituição Federal:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

.....
X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Não obstante, a Lei nº 9.430/96, em seu artigo 77, estabeleceu:

“Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

I - abster-se de constituí-los;

II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;

III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.” *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.650
ACÓRDÃO Nº : 302-35.948

Como se vê, o comando legal transcrito só prevê hipóteses em que o crédito tributário ainda não foi constituído (inciso I) ou, se o foi, ele ainda não se encontra extinto (incisos II e III).

Claro está que o objetivo do dispositivo legal transcrito não é a desobediência ao mandamento constitucional (art. 52, X), mas sim a promoção da economia processual, evitando-se os gastos com lançamentos, cobranças, ações e recursos, no caso de exigências baseadas em atos que o próprio STF vem considerando inconstitucionais.

Não se trata, portanto, da concessão de licença ao Poder Executivo para afastar a aplicação da lei, de forma ampla e irrestrita, mas sim de autorização para que sejam evitados procedimentos de iniciativa da administração tributária, que levariam ao desperdício dos já escassos recursos humanos e materiais.

Exercendo a competência atribuída pelo art. 77, acima, o Poder Executivo editou o Decreto nº 2.346, de 10/10/97, argüido pela interessada em sua defesa, que estabeleceu os procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, assim determinando:

“Art. 1º. As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

Par. 1º. Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia *ex tunc*, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

Par. 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

Par. 3º. O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

.....
gel

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Art. 4º. Ficam o Secretário da Receita Federal e o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, relativamente aos créditos tributários, autorizados a determinar, no âmbito de suas competências e com base em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declare a constitucionalidade de lei, tratado ou ato normativo, que:

- I - não sejam constituídos ou que sejam retificados ou cancelados;
- II - não sejam efetivadas inscrições de débitos em dívida ativa da União;
- III - sejam revistos os valores já inscritos, para retificação ou cancelamento da respectiva inscrição;
- IV - sejam formuladas desistências de ações de execução fiscal.

Parágrafo Único. Na hipótese de crédito tributário, quando houver impugnação ou recurso ainda não definitivamente julgado contra a sua constituição, devem os órgãos julgadores, singulares ou coletivos, da Administração Fazendária, afastar a aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal." (grifei).

Assim, a edição do diploma legal transscrito abriu à Administração Pública Federal um leque de possibilidades, frente às decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal.

No que tange às decisões definitivas proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, que é o que nos interessa, o citado decreto, como não poderia deixar de ser, permaneceu fiel ao comando do art. 77, da Lei nº 9.430/96, como será demonstrado na seqüência.

O art. 1º, parágrafo 2º, do Decreto nº 2.346/97, permite que tais decisões tenham efeitos *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroativo), após a suspensão da lei ou ato normativo, pelo Senado Federal. Tal hipótese não pode ser aplicada ao caso em questão, visto que não há notícia nos autos de que o Senado Federal tenha suspendido a execução do Decreto-lei nº 2.295/86. Essa questão será abordada mais detalhadamente quando da análise do argumento de defesa contido na letra "B".

Também não consta dos autos prova de que o Presidente da República tenha autorizado a extensão dos efeitos jurídicos da decisão proferida ao presente caso, como prevê o art. 1º, § 3º, do citado Decreto.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Relativamente ao art. 4º e seus incisos, ainda que houvesse ato do Secretário da Receita Federal ou do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aplicando qualquer dos procedimentos previstos à cota de contribuição incidente sobre as exportações de café, tal ato só alcançaria os créditos tributários não constituídos (inciso I, primeira parte), ou constituídos e não pagos (inciso I, parte final, e incisos II a IV), hipóteses diversas do caso sob exame, que trata de restituição (crédito constituído e extinto pelo pagamento).

Quanto ao parágrafo único do art. 4º, não há dúvida de que o seu entendimento é de que este Conselho de Contribuintes poderia efetivamente afastar a aplicação de ato legal considerado inconstitucional. Entretanto, fiel ao comando do art. 77 da Lei nº 9.430/96, aquele dispositivo legal especifica em que situação isso pode ocorrer, ou seja, somente na hipótese de **recurso contra a constituição de crédito tributário**, ainda não definitivamente julgado.

Ora, analisando-se o significado da expressão "recurso contra a constituição de crédito tributário", a única conclusão possível é a de que se trata de crédito tributário ainda não definitivamente constituído, objeto de impugnação e, posteriormente, de recurso. Aliás, essa interpretação guarda total sintonia com o objetivo de economia processual, evitando-se os custos de prosseguimento de um processo em que se discute a constituição de crédito tributário que o próprio STF não mais considera exigível. O dispositivo legal aqui tratado não prevê, de forma alguma, o afastamento amplo e irrestrito do ato legal inquinado, pois que tal atitude ofenderia frontalmente o art. 52, inciso X, da Constituição Federal, bem como o art. 77 da Lei nº 9.430/96.

No caso em questão, em se tratando de pedido de restituição, como já foi dito, o crédito tributário foi definitivamente constituído na esfera administrativa, tendo sido inclusive extinto pelo pagamento (art. 156, inciso I, do CTN), razão pela qual não pode este Conselho de Contribuintes afastar a aplicação do Decreto-lei nº 2.295/86. Tal procedimento seria exorbitar da competência que lhe foi atribuída pelo parágrafo único, do art. 4º, do Decreto nº 2.346/97.

Ainda que a hipótese acima pudesse ser aplicada ao caso em tela, o que se admite apenas para argumentar, restaria ainda a análise do segundo aspecto do problema, que diz respeito ao alcance da decisão judicial que deu causa ao pedido, o que será feito na seqüência.

O Decreto nº 2.346/97, em seu art. 1º, *caput*, conceitua os atos processuais passíveis de adoção pela autoridade administrativa como "decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional".

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Resta perquirir sobre o alcance da expressão em negrito, o que já foi feito pela Procuradoria da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CRE nº 948/98 – citado inclusive pela recorrente em sua defesa – que interpreta a questão da seguinte forma:

“A expressão ‘as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva ...’, constante no art. 1º do Decreto nº 2.346/97, deve ser entendida (c.1) como a decisão do STF, ainda que única, se proferida em ‘ação direta’, (c2) também como a decisão, mesmo que única, se a norma cuja constitucionalidade for ali declarada tenha sua execução suspensa por ato do Senado Federal (art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988), e por último, tendo em vista a tradição secular do STF na preservação de seus pronunciamentos – salvo longas mudanças por anos ou décadas de ponderação –, (c3) como a decisão, plenária transitada em julgado, ainda que única e mesmo quando decidida por maioria de votos, se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela;” (grifei).

Antes de mais nada, tratando-se o precedente de Recurso Extraordinário, que caracteriza o controle difuso de constitucionalidade, verifica-se não estar a respectiva decisão enquadrada na hipótese (c1).

Quanto à hipótese (c2) – suspensão da norma pelo Senado Federal – essa merece algumas considerações preliminares.

A decisão de que se cuida é aquela proferida no Recurso Extraordinário nº 191.044-5 – SP, interposto pela União Federal, contra decisão da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que não conhecera da apelação e negara provimento à remessa oficial, em acórdão assim ementado:

**“PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO –
AUSÊNCIA DE RAZÕES – NÃO CONHECIMENTO –
DECRETO-LEI 2295/86 – NÃO RECEPÇÃO PELA CARTA
MAGNA VIGENTE.**

I – Apelação interposta pela União Federal não conhecida pela ausência de razões.

II – O Decreto-lei 2295/86 foi extirpado do nosso ordenamento jurídico, pela sua não recepção pelo Sistema Tributário Constitucional.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

III – O § 1º, do art. 153, da Constituição atual, que dispõe sobre as hipóteses em que o Poder Executivo pode alterar alíquotas dos impostos, não prevê a contribuição na exportação de café.

IV – Apelação não conhecida.

V – Remessa oficial à qual se nega provimento.”

Em face deste acórdão, a União Federal interpôs Recurso Extraordinário, fundado no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, alegando violação de dispositivos constitucionais (art. 149 da Carta Magna, e 25, inciso I, e 34, § 5º, do ADCT).

O dispositivo constitucional acima negritado estabelece, *verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precípuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

.....

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;”

Ora, é sabido que as possibilidades de apresentação de Recurso Extraordinário estão limitadas aos permissivos constitucionais, materializados nas alíneas do dispositivo transcreto. Assim, antes de se conhecer do recurso, é feito o seu exame de admissibilidade, para a verificação do enquadramento da hipótese ao permissivo. Não se configurando o enquadramento, o recurso não pode ser conhecido.

No caso da alínea “a”, em especial, a análise da admissibilidade do recurso se confunde com a própria análise do mérito, posto que, se conhecido, o recurso obrigatoriamente terá de ser provido. Isso porque o ato de perquirir se a decisão recorrida contrariou ou não dispositivos da Constituição – no caso, o art. 149 do texto principal, e 25, inciso I, e 34, § 5º, do ADCT – envolve a análise do próprio mérito, ou seja, a análise sobre a constitucionalidade do ato inquinado (Decreto-lei nº 2.295/86).

Explicando melhor: houve uma decisão *a quo* considerando um Decreto-lei não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, portanto favorável ao sujeito passivo. Contra esse ato, é interposto recurso pela União Federal, cujo pressuposto de conhecimento é a inconstitucionalidade da decisão *a quo*. Cabe ao STF, para admitir tal recurso, constatar que a decisão recorrida era efetivamente

gel

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

inconstitucional. Para isso, a *contrario sensu*, o STF teria de concluir pela recepção do Decreto-lei pela Constituição Federal de 1988, o que envolve obviamente a análise do mérito do recurso. Se o STF concluisse pela recepção do Decreto-lei, é claro que o recurso teria de ser conhecido e provido. No caso em tela, essa análise foi feita, concludo o STF que o Decreto-lei não fora efetivamente recepcionado pela Carta de 1988, portanto a decisão não contrariou os dispositivos alegados pela União Federal, daí a impossibilidade de conhecimento do recurso, posto que não há subsunção da hipótese ao permissivo da alínea “a”, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal.

A problemática do permissivo referente ao Recurso Extraordinário, contido na alínea “a”, do inciso III, do art. 102, da Constituição Federal, repete-se na alínea “a”, do inciso III, do art. 105, da Carta Magna, desta feita em relação ao Recurso Especial, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre a questão, a manifestação de Barbosa Moreira é válida para ambos os casos (REsp e RE):¹

“Ora, limitando o discurso, *commoditatis causa*, à hipótese de *contrariedade a lei federal*, não há quem não perceba que, tomada a Constituição ao pé da letra, se teria conferido ao Superior Tribunal de Justiça atribuição intrinsecamente contraditória. Ele deveria julgar o recurso especial apenas nos casos em que a decisão recorrida houvesse contrariado lei federal; ou, em outras palavras: apenas nos casos em que o recorrente tivesse razão. Sucede que, para verificar se a lei federal foi mesmo contrariada, e portanto se assiste razão ao recorrente, o Superior Tribunal de Justiça *precisa julgar o recurso especial!* *Quid iuris* se, julgando-o, chega o tribunal à conclusão de que não se violou a lei, de sorte que o recorrente não tem razão? Literalmente entendido o texto constitucional, haveria o Superior Tribunal de Justiça andado mal em julgar o recurso: a decisão recorrida *não contrariou* lei federal, logo a espécie *não se enquadra* na moldura do art. 105, III, letra *a* ... Mas como poderia o tribunal, *a priori*, sem julgar o recurso, adivinhar o sentido em que viria a pronunciar-se, na eventualidade de julgá-lo?

Eis o pobre Superior Tribunal de Justiça metido, sem culpa sua, em dilema implacável: diante do recurso especial, ou o julga, a fim de ver se a lei federal foi violada, e arrisca-se a, concludo pela negativa, exceder os limites traçados pela Carta da República; ou então se abstém de julgá-lo, e assume o risco de descumprir a

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso?. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, Ano X, nº 9, 1º semestre de 1996, p. 193.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

atribuição constitucional, porque sempre era possível que a lei federal tivesse realmente sido violada..."

Com efeito, a ementa do Recurso Extraordinário enfocado, trazida à colação pela interessada às fls. 03 e 23, permite verificar que os Ministros do STF decidiram, por unanimidade de votos, **não conhecer do Recurso Extraordinário**, inexistindo, por conseguinte, o julgamento formal do mérito.

Claro está que, pelos motivos expostos, ligados ao permissivo constitucional, a análise sobre a admissibilidade se confunde com a análise do mérito. Aliás, o próprio Parecer PGFN/CRE nº 948/98, acima transcrito, alerta sobre esse tipo de recurso, em nota de rodapé. Assim, embora no recurso em questão o mérito tenha sido fartamente discutido, ele não foi expressamente julgado em todos os seus aspectos, como por exemplo, quanto aos limites temporais da inconstitucionalidade. O que se quer mostrar é que, embora este tema tenha sido tratado, não se sabe qual seria o resultado do julgamento nesse particular, já que foram tomados somente os votos de três Ministros.

O Sr. Ministro Relator Carlos Velloso considerou que o Decreto-lei nº 2.295/86 apenas não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo forte na vigência da Emenda Constitucional de 1969. Nesse caso, tratar-se-ia de revogação do ato legal pela nova ordem constitucional, e somente seriam indevidas as contribuições pagas após abril de 1989, por força do art. 25, inciso I, do ADCT à CF/88.

Já os Srs. Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio entendem que o Decreto-lei nº 2.295/86 já nasceu inconstitucional, posto que contrariava o art. 21, § 2º, da Emenda Constitucional nº 01/69. Seria um caso, pois, de inconstitucionalidade pretérita, e considerar-se-iam indevidas as contribuições pagas desde a sua instituição.

Quanto a esse último posicionamento, releva notar que ele não poderia sequer ter sido objeto de votação, ainda que o recurso tivesse sido conhecido. Isso porque a hipótese configura a *reformatio in pejus*, o que não é admitido no Direito Pátrio. Explicando melhor: o recurso da União Federal teve como objetivo a reforma da decisão do TRF que, considerando o Decreto-lei nº 2.295/86 não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, consequentemente considerou indevidas as contribuições pagas a partir daí (com a ressalva do ADCT, art. 25, inciso I). Assim, o STF jamais poderia, nesse mesmo Recurso Extraordinário, decidir pela inconstitucionalidade pretérita, posto que tal decisão tornaria indevidas também as contribuições anteriores à Carta Magna de 1988. Destarte, a União Federal teria ela própria recorrido em seu malefício, posto que, interpondo recurso para recuperar as contribuições posteriores à Constituição Federal de 1988, após o julgamento estaria sem essas contribuições, e também sem as contribuições anteriores, o que constituiria uma aberração processual.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Claro está que o Ministro Ilmar Galvão só externou a tese da inconstitucionalidade pretérita, para justificar sua mudança de posicionamento, pois, como consta de seu voto, até então o Decreto-lei em comento era por ele considerado constitucional, apenas com a ressalva da alteração de alíquota pelo Poder Executivo, impossível de ser exercida, posto que o IBC já havia sido extinto.

Além dos três Ministros citados, dos quais se conhece o voto, votaram mais cinco Ministros, sem que se conheça sua posição frente ao aspecto enfocado.

O não conhecimento do recurso por unanimidade de votos permite concluir que todos os Ministros concordaram com o fato de que a decisão recorrida não contrariou dispositivo constitucional, posto que, do contrário, o recurso teria sido conhecido e provido. Entretanto, não se pode dizer que o Acórdão do STF que aqui se analisa tenha feito coisa julgada, relativamente à inconstitucionalidade de que se cuida.

Com efeito, não conhecido o recurso, fica ratificada a decisão proferida pelo tribunal *a quo*, que entendeu que o Decreto-lei nº 2.295/86 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, não há dúvida de que, formalmente, não se tem uma decisão inequívoca e definitiva do STF, mas sim uma decisão definitiva do TRF.

Feitas essas considerações, releva notar que, se o Recurso Extraordinário sequer foi conhecido pelo STF, o precedente não teria como provocar Resolução do Senado Federal suspendendo o ato inquinado, razão pela qual também não se configura a hipótese (c2), do Parecer PGFN/CRE nº 948/98, já transcrito neste voto.

Quanto à hipótese (c3) do Parecer PGFN/CRE nº 948/98, que pressupõe a aceitação da decisão, “se nela foi expressamente conhecido e julgado o mérito da questão em tela”, conforme já exaustivamente demonstrado, o STF não conheceu do recurso, portanto não se configurou esta hipótese.

Resta a analisar, finalmente, o aspecto da preservação dos pronunciamentos do STF, abordado pelo já citado parecer da PGFN. No caso em questão, verifica-se que tal preservação ainda não foi alcançada, posto que o próprio Ministro Ilmar Galvão declara haver se posicionado de forma diversa, em outro julgado:

“Pedi vista, para melhor exame, em face de haver a eg. Primeira Turma, no RE 191.229, acolhendo por unanimidade voto deste relator, concluído pela legitimidade da exigência fiscal e,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.650
ACÓRDÃO Nº : 302-35.948

conseqüentemente, pela sua constitucionalidade, restando o acórdão assim ementado:

'EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO. DL Nº 2.295/86. ART. 25, I, DO ADCT/88.

Trata-se de exigência fiscal legitimamente instituída pela União, sob o regime da EC 01/69, para intervenção no domínio econômico, por meio de decreto-lei que foi recebido pela nova Carta, com ressalva apenas da delegação nele contida, em favor do extinto Instituto Brasileiro do Café, para fim de fixação da respectiva alíquota (art. 25, I, do ADCT), de resto, impossível de ser exercida, em face da extinção da autarquia."

Ainda que pudessem ser ultrapassados todos estes óbices, que também existiriam caso se tratasse de crédito tributário não definitivamente constituído, resta no caso ainda um obstáculo de fundamental importância, ligado à questão da segurança jurídica: tratando-se de pedido de restituição de crédito tributário definitivamente constituído e extinto pelo pagamento, lida-se então com o ato jurídico perfeito, não cabendo ao Poder Executivo desfazê-lo.

Sobre o tema, vale a ponderação de Clemerson Merlin Cléve, em sua obra "Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro":

"É evidente que o fato de a sentença judicial implicar a nulidade *ab initio* da normativa impugnada favorece a emergência de não poucos problemas. Inexistindo prazo para a pronúncia da nulidade, já que a inconstitucionalidade decorre de vício, em princípio insanável, e, ademais, imune à prescrição -, considere-se o caso de uma lei cuja ilegitimidade foi reconhecida após o decurso de longo lapso temporal, tendo inclusive prestigiado a consolidação de um sem número de situações jurídicas. É indubidoso que nesses casos o dogma da nulidade absoluta deve sofrer certa dose de temperamento, sob pena de dar lugar à injustiça e à violação do princípio da segurança jurídica."

Pelos motivos expostos, considerando que, no caso em questão, não se pode falar com absoluta certeza em coisa julgada pelo STF, e que se trata de restituição de crédito tributário definitivamente constituído e extinto pelo pagamento, concluo ser incabível o afastamento da aplicação do Decreto-lei nº 2.295/86 por este Conselho de Contribuintes.

Passa-se agora ao exame do argumento contido na letra "B", segundo o qual é descabida a exigência de Resolução do Senado Federal, retirando o

gel

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

Decreto-lei nº 2.295/86 do ordenamento jurídico, já que, no julgamento do RE nº 191.044-5 (SP), a Suprema Corte não avaliou a constitucionalidade do citado diploma legal, mas apenas não o recepcionou, e a não-recepção determina a revogação do ato, nos exatos termos da ementa do precedente judicial suscitado.

No que tange a esse aspecto, o presente recurso voluntário traz posicionamento no mínimo curioso, como se verá na seqüência.

Entende a requerente que o caso em tela não estaria a exigir dita Resolução, uma vez que, tratando-se de aplicação de direito intertemporal, o conflito se resolveria pela simples revogação do ato legal, a partir da Constituição de 1988. É o que se depreende da leitura de vários trechos da peça de defesa, dentre os quais o de fls. 236, primeiro parágrafo.

Diante dessa tese, como já foi dito, seriam indevidas apenas as contribuições recolhidas após 05/04/1989, por força do art. 25, I, do ADCT. Nesse passo, não se vislumbra o interesse de agir da recorrente, já que todas as contribuições objeto do pedido são anteriores àquela data. Ressalte-se que, dos 342 DARF – Documento de Arrecadação de Receitas Federais, apresentados às fls. 10 a 124, apenas 4 deles foram recolhidos após 05/10/88, data da promulgação da atual Carta Magna.

Assim, ainda que fosse possível conferir efeitos *erga omnes* a um Recurso Extraordinário que sequer foi conhecido, o que se admite apenas para argumentar, a própria contribuinte defende a tese de que o caso é de não recepção pela Constituição de 1988, o que torna devidos todos os pagamentos objeto do pedido (inclusive pela aplicação do art. 25, inciso I, do ADCT), daí a perplexidade desta Conselheira.

Finalmente, passa-se à análise do argumento contido na letra “C”, de que o STF reconheceu a inconstitucionalidade pretérita do DL nº 2.295/86, por meio do voto-vista do Ministro Ilmar Galvão, igualmente acolhido no julgamento do RE de que se cuida.

Curiosamente a interessada, embora defende enfaticamente que não houve exame de inconstitucionalidade pelo STF, e sim declaração de não recepção pela Constituição de 1988, defende concomitantemente a tese de que o STF reconheceu a inconstitucionalidade pretérita do Decreto-lei nº 2.295/86, assim entendida a incompatibilidade de referido ato legal com a Emenda Constitucional de 1969. É o que se conclui da leitura do item nº 2, que contém inclusive a transcrição do voto do Ministro Ilmar Galvão (fls. 238).

De plano, verifica-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal são colegiadas, de forma que um voto-vista não constitui posicionamento do tribunal,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

e sim de um Ministro. Para que um voto-vista seja considerado o voto do tribunal, ou seja, um acórdão, é necessário que ele seja vencedor, o que não ocorreu no caso em questão, uma vez que não se conheceu do recurso, mantendo-se o posicionamento do TRF que, por sua vez, considerou o Decreto-lei em tela não recepcionado apenas pela Constituição de 1988.

Ademais, ainda que o recurso houvesse sido conhecido, o STF jamais poderia adotar as duas teses no mesmo julgado, já que o sistema colegiado, operando-se por apuração do quantitativo de votos de cada tese, sempre resulta em um posicionamento vencedor, que exclui o posicionamento vencido.

Especialmente no caso da tese da inconstitucionalidade pretérita, essa jamais poderia ter sido sequer cogitada como vencedora, ainda que o mérito houvesse sido expressamente julgado, tendo em vista que a decisão tem de estar adstrita aos limites do Recurso Extraordinário (cujo núcleo era a não-recepção do Decreto-lei pela Constituição Federal de 1988, como decidira o TRF). Como já foi dito neste voto, cogitar-se desta tese seria operar-se a *reformatio in pejus*, ou seja, a decisão no recurso estaria a prejudicar a recorrente (Fazenda Nacional), o que não se admite no Direito Pátrio. Deparar-se-ia com a bizarra situação em que a Fazenda Nacional, buscando recuperar as contribuições recolhidas a partir da Constituição Federal, perdidas no julgamento do TRF, sairia do STF sem essas e adicionalmente sem as anteriores. A Fazenda Nacional teria, assim, recorrido em seu próprio malefício, o que constituiria verdadeiro absurdo jurídico.

A ambigüidade do recurso voluntário no presente processo, defendendo as duas teses – não recepção e inconstitucionalidade pretérita – é reflexo da própria natureza do precedente judicial invocado, e ilustra a questão do seu não conhecimento pelo STF: se nem a Suprema Corte definiu a modalidade de inconstitucionalidade que maculou o ato legal, como poderia a recorrente fazê-lo?

Por fim, cabe acrescentar que o entendimento esposado neste voto guarda sintonia com o art. 5º da Portaria MF nº 103/2002, que inseriu o art. 22-A no Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes (Portaria MF nº 55/98 - Anexo II):

“Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, após a publicação da decisão, ou

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

pela via incidental, após a publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a execução do ato;

II - objeto de decisão proferida em caso concreto cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República;

III - que embasem a exigência de crédito tributário:

a) cuja constituição tenha sido dispensada por ato do Secretário da Receita Federal; ou

b) objeto de determinação, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, de desistência de ação de execução fiscal.”

No caso em questão, como já foi visto, não constam dos autos elementos que logrem atender a qualquer das hipóteses acima, portanto não há como afastar a aplicação do Decreto-lei nº 2.295/86, mormente com a finalidade de promover a restituição de crédito tributário definitivamente constituído e extinto pelo pagamento.

Feitas estas imprescindíveis considerações acerca do direito material ora requerido, examina-se finalmente a questão da decadência.

De todo o exposto, fica sobejamente demonstrado que o precedente judicial invocado não gera efeitos no sentido de autorizar-se a restituição pleiteada.

Ainda que fosse possível a restituição pleiteada, o que se admite apenas para argumentar, encontra-se esgotado o prazo para apresentação do respectivo pedido, por força do art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, segundo a qual o direito de pleitear a repetição do indébito expira com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário. No presente caso, tendo sido os pagamentos em questão efetuados até outubro de 1988, e o pedido apresentado em 15/03/2001, evidencia-se a ocorrência da extinção do direito de a recorrente solicitar a respectiva restituição.

Diante do exposto, conheço do recurso, por tempestivo para, no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004

Maria Helena Cardozo
MARIA HELENA COTTA CARDOZO - Relatora

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO Nº : 127.650
ACÓRDÃO Nº : 302-35.948

DECLARAÇÃO DE VOTO

Faço a presente declaração de voto, a bem de elucidar a posição adotada por esta Conselheira nos processos envolvendo pedido de restituição de tributos que foram objeto de declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, e a razão pela qual acompanhei, apenas pela conclusão, o voto da ilustre Conselheira Relatora nestes autos, que negou provimento ao recurso voluntário interposto pelo contribuinte.

As justificativas esposadas pela ilustre Conselheira relatora foram, em apertada síntese:

- a) que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário (art. 168, inciso I do CTN), assim entendida como sendo a data da realização dos pagamentos;
- b) que o Decreto nº 2.346/97, suscitado pelo Recorrente, não dá supedâneo aos órgãos julgadores administradores para afastar os efeitos do Decreto-lei nº 2.295/86, e autorizar a respectiva restituição, ainda mais quando se trata de decisão preferida em sede de controle difuso de constitucionalidade - que é o que interessa ao deslinde do presente caso - tenham efeito contra todos (*erga omnes*) e *ex nunc* (retroativo), após a suspensão da lei ou ato normativo pelo Senado Federal, de modo que tal decisão não pode ser aplicada ao caso em questão, ainda mais se consideramos que não se caracterizou numa “decisão inequívoca e definitiva do STF”, mas sim uma “decisão definitiva do TRF”;
- c) que o acórdão do Supremo Tribunal Federal, apontado como paradigma pelo Recorrente - RE nº 191.044-5-SP - tem seus efeitos limitados apenas às partes em litígio (controle difuso) e sem a aplicação da retroatividade (eficácia *ex nunc*), e, adicionalmente, que a ementa do Recurso enfocada permite verificar que os Ministros do STF decidiram por unanimidade de votos, não conhecer do Recurso Extraordinário, inexistindo, por conseguinte, o exame formal de mérito;
- d) que o posicionamento dos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, entendendo que o Decreto-lei teria nascido inconstitucional, não poderia sequer ter sido objeto de votação,



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

acaso o recurso tivesse sido conhecido, sob pena de configurar-se a *reformatio in pejus*, o que não é admitido em no Direito Pátrio, ficando claro, no seu entender, que o Ministro Ilmar Galvão apenas externou a tese de inconstitucionalidade pretérita para justificar sua mudança de posicionamento pois, como consta de seu voto, até então o decreto-lei em comento era por ele considerado constitucional o VOTO I

- e) que também o voto do Sr. Ministro Relator, Carlos Velloso, que considerou o Decreto-lei nº 2.295/86 apenas não recepcionado pela Constituição Federal de 1988, mas vigente na ordem constitucional anterior (CF/69), o que causaria, no máximo, o recolhimento indevido das contribuições pagas após abril de 1989, por força do art. 25, I, do ADCT à CF/88.

Nos pedidos de restituição e/ou compensação da contribuição ao Finsocial, relativamente às alíquotas superiores a 0,5% (meio por cento), que foi declarada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (RE nº 150.764-1), tenho entendido que o *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial do direito de pedir restituição é a data em que o contribuinte **viu seu direito reconhecido pela Administração Tributária**, no caso, a data da publicação da MP 1.110/95, que se deu em 31/08/1995. O prazo de cinco anos estendeu-se até 31/08/2000 *dies ad quem*. A decadência, portanto, só atingiu os pedidos formulados a partir de 01/09/2000, inclusive.

Assim como no caso de que ora se trata, não existe, para o FINSOCIAL, decisão *erga omnes*, proferida em sede de controle concentrado, e nem foi expedida Resolução do Senado Federal. Mas o indébito, no caso, restou exteriorizado por meio de solução de situação jurídica conflituosa, a partir da publicação do ato legal que reconheceu a impertinência da exação tributária anteriormente exigida (a MP 1110/95).

No caso dos autos, entretanto, além de não existir situação semelhante – ou seja, não há notícia acerca da edição de algum ato pelo qual este direito tenha sido reconhecido pela Administração Tributária - a ilustre Conselheira Relatora alertou-nos para um fato de extrema relevância para o deslinde da questão: o posicionamento dos Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, entendendo que o Decreto-lei nº 2.295/86 teria nascido inconstitucional, não poderia sequer ter sido objeto de votação, acaso o recurso tivesse sido conhecido, sob pena de configurar-se a *reformatio in pejus*, o que não é admitido em no Direito Pátrio. De se observar que a decisão do Supremo Tribunal Federal estava sendo proferida em sede de Recurso *Ex Officio*.


22

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEGUNDA CÂMARA

RECURSO N° : 127.650
ACÓRDÃO N° : 302-35.948

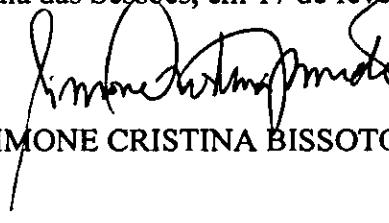
Como o recurso não foi sequer conhecido, não há como entender-se que o Supremo Tribunal Federal teria fixado, no caso, interpretação do texto constitucional que deva ser fielmente observada pela Administração Pública Federal, de maneira inequívoca (Decreto 2.346/97).

Assim como a ilustre Conselheira Relatora, entendo que o Supremo Tribunal não se manifestou formalmente acerca da constitucionalidade da exação quando do julgamento do referido recurso; os Ministros citados apenas externaram a tese de constitucionalidade, mas não a declararam (e nem poderiam, no caso analisado).

Desta forma, não encontro nestes autos a situação descrita no Decreto nº 2.346/97, pelo qual se deu a consolidação das normas de procedimento a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, que estabeleceu, em seu artigo primeiro, regra geral que adotou o saudável preceito de que *"as decisões do STF que fixem, de maneira inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional, deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta"*.

Inexistindo, portanto, ato pelo qual o direito a restituição/compensação da Cota de Contribuição incidente sobre a Exportação do Café, veiculada pelo Decreto-lei nº 2.296/86, tenha sido reconhecido pela Administração Tributária, não há como reconhecer o indébito pleiteado e nem como afastar a ocorrência do prazo decadencial.

Sala das Sessões, em 17 de fevereiro de 2004


SIMONE CRISTINA BISSOTO – Conselheira