



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10845.002534/99-60
SESSÃO DE : 09 de julho de 2002
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306
RECURSO Nº : 124.275
RECORRENTE : EXCEL – EXPORTADORA DE CAFÉ LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP

QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO AO IBC-DL 2.295/86. NÃO PRESCRIÇÃO OU DECADÊNCIA.

PRAZO PARA PLEITEAR RESTITUIÇÃO QUE RESULTA DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.

No caso presente o prazo de cinco anos para o recorrente pleitear a restituição somente poderia se iniciar quando ele tivesse o efetivo direito de pleiteá-la, a partir de ato específico da SRF reconhecendo que a contribuição foi exigida com base em lei inconstitucional, a partir de decisão judicial transitada em julgado em que o contribuinte seja parte diretamente, a partir de decisão do STF que declare inconstitucionalidade em ADIN, ou mesmo a partir da data em que se tornar definitiva decisão administrativa que reconheça seu direito à restituição. Portanto, neste caso, nem sequer começou a fluir o prazo prescricional do seu direito de pleitear restituição. Os presentes autos devem retornar à DRJ/São Paulo para análise do pedido de restituição formulado pelo contribuinte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, tomar conhecimento do recurso quanto à questão da decadência e dar provimento nessa parte, devendo o processo retornar à Repartição de Origem para que seja proferida decisão sobre as demais matérias, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 09 de julho de 2002


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


ZENALDO LOIBMAN
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, IRINEU BIANCHI, PAULO DE ASSIS, CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO BARROS e NILTON LUIZ BARTOLI. Ausente o Conselheiro HÉLIO GIL GRACINDO.

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306
RECORRENTE : EXCEL – EXPORTADORA DE CAFÉ LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SÃO PAULO/SP
RELATOR(A) : ZENALDO LOIBMAN

RELATÓRIO

Este processo tem início com o Pedido de Restituição constante às fls. 1/155 formulado ao Sr Delegado da Receita Federal em Santos/SP. O pedido de restituição refere-se a valores recolhidos a título de quota de contribuição sobre operações de exportação de café, no período de janeiro de 1989, bem assim de março a abril de 1989, e agosto de 1989, conforme DARF de fls. 146/155, com fulcro no Decreto-Lei nº 2.295/86, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE nº 191.044-5-SP, na Sessão Plenária, de 18/09/1997, cuja decisão foi publicada no DJ de 31/10/1997.

Decidiu sobre o pedido a DRF/Santos, repartição jurisdicionante, que o indeferiu sob a argumentação traduzida e sumariada na seguinte ementa:

“QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DE CAFÉ EM GRÃO CRU- DECRETO-LEI Nº 2.295/86.

A restituição de valores pagos indevidamente ou a maior que o devido (repetição de indébito) com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no exercício dos controles difuso e concentrado da Constituição Federal extingue-se após o transcurso do prazo de 05(cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Aplicação do Ato Declaratório SRF nº 96/99.

RESTITUIÇÃO INDEFERIDA.”

Ao final de sua decisão (fl. 159) o Sr. Delegado afirma INDEFERIR o pedido de restituição apresentado, por ocorrência do prazo decadencial, com fundamento no Ato Declaratório do Sr. Secretário da Receita Federal de nº 96, de 26/11/1999 e nos artigos 165 e 168 do Código Tributário Nacional.

O contribuinte inconformado, encaminhou suas razões de impugnação à Delegacia de Julgamento em São Paulo, anexas às fls. 164/177, acompanhada dos documentos de fls. 178/339, que podem ser resumidas como se segue:

- tratando-se de tributo tido como inconstitucional pelo STF, no exercício do controle difuso, o prazo decadencial de cinco anos,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

começaria a contar da publicação da Resolução do Senado ou partir da edição de ato específico do Secretário da Receita Federal conforme assinalou o Parecer COSIT nº 58/1998;

- a orientação exarada no referido parecer COSIT encontra-se absolutamente arraigada na melhor doutrina e jurisprudência do STJ, bem está em consonância com o entendimento de renomados juristas dentre os quais destacam-se as exegeses de J.A. Minatel, Edmar Oliveira Andrade Filho e Alberto Xavier, ora reproduzidas;
- a jurisprudência administrativa caminha para esse mesmo entendimento doutrinário, qual seja o de que a contagem do prazo para o contribuinte pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos exsurge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, haja vista ser este o fato que fez surgir o indébito, conforme denota-se dos trechos dos acórdãos proferidos pelo 1º e 2º Conselhos de Contribuintes, destacados na presente impugnação;
- esse também é o entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do RE nº 76.248-RS, decidiu pela não ocorrência da prescrição, cujo início para contagem de prazo, assinalou, poderia ser a partir da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade da exação;
- ainda o STJ, pacificando a sua jurisprudência, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 43.995-5-RS, proclamou, nas palavras do Exmo. Sr. Ministro César Asfor Rocha, que “o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou o gravame”;
- igualmente, conforme decisões exaradas nos REsp. nº 216.244-SP, nº 209.365-BA e nº 209.374-BA, o STJ firmou o entendimento de que o prazo para repetição do indébito, em matéria de tributos inconstitucionais, somente começa a ser contado a partir da data de declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou a cobrança do tributo questionado;
- por fim, nem se diga ao argumento de que o pleito envolveria declaração de inconstitucionalidade de lei, que este não poderia

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

ser objeto de apreciação, porquanto a matéria já se encontra definitivamente solucionada pela Suprema Corte, podendo, portanto, a autoridade administrativa, na esteira do decidido pelo Poder Judiciário, dar cumprimento à sua decisão, tudo em conformidade com o exposto no Parecer PGFN/CRE nº 948/98, especialmente em seu item 4, alíneas "a" e "c";

- reitera o pedido de restituição na forma pleiteada porquanto, tendo em vista a ausência de manifestação expressa do Ilmo. Sr. Secretário da Receita Federal, no que concerne à inconstitucionalidade do tributo em questão, não há que se falar em início de prazo que pudesse extinguir o direito da impugnante em reaver os valores indevidamente recolhidos a título de quota de contribuição sobre exportação de café, seja esse prazo de prescrição ou de decadência.

O Delegado de Julgamento decidiu tomar conhecimento da impugnação, para no mérito indeferir a solicitação considerando indevida a restituição pleiteada (fl. 348). As razões centrais que presidiram sua decisão foram:

- inobstante o entendimento expendido no Parecer COSIT 58/98, não pode prevalecer a pretensão do impugnante, cumprindo ora reiterar-se que a autoridade administrativa, afirmando que o direito do contribuinte pleitear a restituição do indébito estaria decaído, fundamentou corretamente o despacho decisório guerreado no superveniente Ato Declaratório nº 96/1999 exarado em vista do Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99 que estabelece que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, artigos 165, inciso I, e 168, inciso I da Lei nº 5.172/66(CTN);
- com efeito o AD SRF 96/99 funda-se expressamente a teor do Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, cuja elaboração foi solicitada pela SRF para esclarecer a controvérsia existente entre a interpretação do STJ e do TRF da 1ª Região acerca da contagem do prazo decadencial para a repetição do indébito, nos casos de valores recolhidos com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, tendo em vista a exegese da PGFN, exarada no Parecer PGFN/CAT nº 678/99 no sentido de que o

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

referido prazo decadencial inicia-se na data do pagamento indevido (CTN, art. 165, I c/c art. 168, *caput* e inciso I) e não da publicação do respectivo acórdão, no controle concentrado, ou da Resolução do Senado, no controle difuso;

- destarte, contrariamente ao entendimento do impugnante, nos termos do Parecer PGFN/CAT 1.538/99, a PGFN manteve o entendimento propugnado no Parecer PGFN/CAT 678/99, com fulcro nos seguintes fundamentos: I - o entendimento defendido pelo contribuinte **contraria o princípio da segurança jurídica**, por aplicar efeito *ex tunc* de maneira absoluta sem atenuar a sua eficácia, de forma a não desfazer situações jurídicas que, pela legislação regente, não sejam mais passíveis de revisão administrativa ou judicial; II - os prazos decadenciais e prescricionais em direito tributário constituem-se em matéria de lei complementar, conforme determina o art. 150, III, b da CF/88, encontrando-se regulamentada pelo CTN; III - o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do CTN, extinguindo-se, destarte, após decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código;
- ademais, não se trata a matéria em exame, de impugnação a lançamento que constitui crédito tributário amparado em norma declarada inconstitucional pelo STF, de forma que se pudesse suscitar a aplicação da exegese contida no Parecer PGFN/CRE nº 948/98 acerca da competência das DRJ no que concerne ao afastamento da aplicação da lei, tratado ou ato normativo federal, declarado inconstitucional pelo STF, com fulcro no disposto pelo art. 4º, parágrafo único do Decreto nº 2.346/97, não carecendo, igualmente, apreciar-se, na espécie, a existência ou não de manifestação expressa do Secretário da Receita Federal quanto à inconstitucionalidade do tributo em pauta;
- a questão em análise cuida da extinção do prazo para pleitear a restituição de indébito e **antecede**, inclusive, ao **eventual mérito** quanto ao exame do pleito sob o aspecto da constitucionalidade ou não da norma que amparava a exação hostilizada;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

- no caso concreto, o crédito objeto do pedido de restituição protocolizado em 27/07/1999 refere-se a pagamentos efetuados de janeiro de 1989, bem assim, de março a abril, e agosto de 1989, pelo que estava, inequivocamente decaído o direito do contribuinte à repetição de indébito.

Cientificado da decisão singular e irresignado o interessado apresentou tempestivamente suas razões de recurso voluntário ao Terceiro Conselho de Contribuintes. O documento de fl. 351 explicita que o interessado por meio de seu procurador foi cientificado da decisão singular em 06/11/2001 e apresentou seu recurso em 21/11/2001, conforme se vê à fl. 354. Em síntese, reforça os argumentos anteriormente apresentados na impugnação, arrola jurisprudência administrativa e judicial como se resume a seguir:

- Em 27/07/99, data da protocolização do pedido de restituição em comento, o entendimento da administração tributária era no sentido de que o prazo de cinco anos para o contribuinte reaver os valores de tributo indevidamente recolhidos, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, começaria a contar, dependendo do caso: (i) da data de publicação do acórdão, no controle concentrado; (ii) a partir da publicação da Resolução do Senado ou a partir de ato específico do Secretário da Receita Federal, no controle difuso;
- Esse entendimento resta fundamentado no Parecer COSIT nº 58/98, elaborado a partir de dúvidas suscitadas pelas projeções do Sistema de Tributação, do qual vale reproduzir os seguintes itens:
- “25. Para que se possa cogitar de decadência é mister que o direito seja exercitável; que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, era a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos;
- 26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos erga omnes, que, conforme já foi dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º)." (grifo acrescido pelo recorrente);

- extrai-se do parecer COSIT que o prazo decadencial para a recorrente reaver os valores recolhidos a título de contribuição ao IBC nem sequer começou a fluir;
- **em conformidade com o Parecer Cosit 58/98 a autoridade administrativa pode e deve, na esteira do decidido pelo Supremo Tribunal Federal, estender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dada pelo excelso pretório e promover a restituição do indevidamente pago;**
- registre-se que a orientação exarada pelo mencionado Parecer COSIT encontra-se arraigada na melhor doutrina e na jurisprudência do STJ, hoje última instância do Poder Judiciário para o trato dessa matéria, como se pode ver a seguir:
- "A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da restituição da exação, ergue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito independentemente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser exercitado no prazo de cinco anos, a contar da decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade não foi ainda expressamente apreciada pela Corte maior. Todavia, creio que se ajusta ao julgado RE 136.883-RJ. Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado (RTJ 137/936):
- *'Empréstimo Compulsório (DL nº 2.288/86, art. 10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do FND - inconstitucionalidade não apenas de sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo STF (RE 121.336, Plenário, 11-10-90, Pertence): direito do contribuinte à repetição do indébito independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.'*
- a propósito aduziu conclusivamente no seu douto voto (RTJ 137/938):
- *'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 (CTN, art. 165), independentemente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido.'*" (Resp nº 76.248-RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 03/02/97);

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

- ainda o STJ, pacificando sua jurisprudência nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 43.995-5/RS, relator o Exmo. Min. César Asfor Rocha, em sua ementa proclamou:
- *“Ementa - TRIBUTÁRIO, EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO-LEI Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.. Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, à falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou o gravame Embargos de Divergência rejeitados - grifo acrescido;*
- a jurisprudência administrativa caminha para esse mesmo entendimento, prazo contado a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, haja vista ser este o fato que fez surgir o indébito. Vejam-se trechos de Acórdãos a seguir transcritos:

Acórdão nº 202-10.883, da 2ª Câmara do 2º CC (doc. 01):

“EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO- PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - Defere-se o pedido, à vista da determinação contida na MP nº 1699-40, atualmente, até a presente data, MP nº 1.770-43, art. 18, II e § 2º, que permite a devolução de quantias pagas a título de empréstimo compulsório, instituído pelo Decreto-lei nº 2.288/86, sobre a aquisição de veículos. recurso provido.

(.....) De outro lado, também nos casos de declaração de inconstitucionalidade operados pelo Supremo Tribunal Federal a contagem de prazo para a recuperação de importâncias despendidas indevidamente sujeita-se a 'regra especial', pois a jurisprudência tem-se orientado no sentido de reconhecer que o lapso prescricional de cinco anos somente começa a fluir após a publicação da decisão do STF que declarar tal inconstitucionalidade, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito vinculante e erga omnes), e apenas após a Resolução do Senado Federal que suspender a vigência do dispositivo legal, cuja desvalia constitucional foi reconhecida pelo STF, nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito interpartes).”(grifo acrescido);

- Acórdão nº 108-05.791, sessão de 13/07/99, 8ª Câmara do 1ºCC:
- *“RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO-CONTAGEM DO PRAZO DE DECADÊNCIA-INTELIGÊNCIA DO ART. 168 DO CTN: O prazo para pleitear a restituição ou compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 (cinco) anos, distinguindo-se o início de sua contagem, em razão da forma em que se exterioriza o indébito. Se o indébito exsurge da iniciativa unilateral do sujeito passivo, colocado em situação*

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

jurídica não litigiosa, o prazo para pleitear a restituição ou a compensação tem início a partir da data do pagamento que se considera indevido (extinção do crédito tributário). Todavia, se o indébito se exterioriza no contexto de solução jurídica conflituosa, o prazo para desconstituir a indevida incidência só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia, como acontece nas soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, pela edição de Resolução do Senado federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida. (grifo acrescido);

- Acórdão nº 201-73669, sessão de 15/03/2000, da 1ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes (doc. 03):
- "FINSOCIAL-TERMO A QUO PARA CONTAGEM DO PRAZO PARA PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO PAGO A MAIOR TENDO EM VISTA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DE SUAS ALÍQUOTAS (CTN. Art. 168, I c/c o art. 165) - COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL SOMENTE COM COFINS.
- 1 - Segundo farta jurisprudência do STJ. O termo inicial para contagem do pedido administrativo de restituição de valor de tributo pago indevidamente, em face da declaração de inconstitucionalidade das normas que veicularam o aumento de sua alíquota, tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do STF que declarou tal inconstitucionalidade.
- 2-(...) (grifo acrescido);
- Acórdão nº 107-05.962, de 10/05/2000, da 7ª Câmara do 1º CC, do qual destaca-se (doc. 05):
- "CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. EXERCÍCIO DE 1989/PERÍODO BASE DE 1988 - INCONSTITUCIONALIDADE - RESTITUIÇÃO - PARECER PGFN/CAT Nº 1.538/99 E AD SRF Nº 96/99 - DECADÊNCIA - INDEFERIMENTO - IMPROCEDÊNCIA - CABIMENTO DA RESTITUIÇÃO - Em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o termo inicial de contagem da decadência não coincide com o dos pagamentos realizados, devendo-se tomá-lo, no caso concreto, a partir da Resolução nº 11, de 04 de abril de 1995, do Senado Federal, que deu efeito 'erga omnes' à declaração de inconstitucionalidade dada pela Suprema Corte no controle difuso de constitucionalidade."
- (...) Com efeito, como visto nas lições doutrinárias e jurisprudenciais judicial e administrativa, o CTN, no trato da matéria, não versou especificamente quanto ao prazo de que dispõe o contribuinte para a repetição de tributos declarados inconstitucionais, devendo e podendo o intérprete e aplicador do direito e, sobretudo, o órgão judicante, suprir essa omissão à luz do direito aplicável e dos princípios vetores instituídos na Carta Magna. (.....) Por derradeiro, se das dobras do CTN não fosse possível extrair a interpretação de que em matéria de tributos

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

inconstitucionais o prazo para sua restituição começaria a fluir da declaração de sua inconstitucionalidade dada pelo STF no controle concentrado, ou da Resolução do Senado Federal estendendo a todos os efeitos de decisão dada no controle difuso ou, ainda, do ato da administração tributária estendendo a todos os efeitos da decisão, com Antônio Carlos Sampaio Dória, José Artur Lima Gonçalves e Márcio Severo Marques seríamos forçados a concluir que a regra aplicável seria a do Decreto nº 20.910/32, tendo como marco inicial da contagem do prazo (o ato ou fato do qual se originaram as dívidas a que o Decreto alude) justamente a inovação na ordem jurídica provocada pelo julgamento da matéria pelo STFD, somada ao caso concreto a Resolução do Senado Federal dando efeito a todos da decisão dada no controle difuso.

- Se dúvidas ainda restavam quanto a não aplicabilidade do entendimento tacanho, disposto no citado AD nº 96/99, foi julgado recentemente pela 1ª Turma da Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, ao qual foi negado provimento em razão do entendimento de que o termo inicial para contagem do prazo decadencial só teve início com a Resolução do Senado que conferiu efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do ILL, conforme se verifica da ementa do Acórdão CSRF/01-03.329 (doc. 06), abaixo transcrita:
- **“DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - Em caso de conflito quanto à Inconstitucionalidade da exação tributária, o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito ‘erga omnes’ à decisão proferida ‘inter partes’ em processo que reconhece Inconstitucionalidade de tributo; c) da publicação de ato administrativo que reconhece o caráter indevido de exação tributária. Recurso conhecido e improvido.”**
- Extraí-se da decisão supra-referida que havendo discussão quanto à constitucionalidade da lei que instituiu o tributo, o prazo para o contribuinte exercer seu direito de reaver os valores recolhidos à época em que a norma gozava da presunção de legalidade, só terá início após ser reconhecido o caráter indevido da cobrança, seja por ato da própria Administração Fazendária, seja por declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF;
- Ademais, apenas para argumentar, ainda que fosse cabível o entendimento vazado no Ato Declaratório nº 96, de 26/11/1999, utilizado pelo julgador “a quo” para fundamentar sua decisão, ainda assim não seria aplicável ao presente caso, uma vez que o pedido de restituição foi apresentado em 27/07/1999, época em

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

que a administração tributária se pautava no entendimento manifestado no citado Parecer COSIT nº 58/98;

- Para corroborar, transcreve-se trecho do Acórdão nº 201-74.344, proferido pela 1ª Câmara do 2º CC em 21/03/2001:
- *“...Sem embargo, o entendimento da administração tributária era o do Parecer COSIT nº 58/98, o qual só foi modificado em 30/11/99 com a publicação do AD nº 96/99. Se debates podem ocorrer em relação à matéria quanto aos pedidos formulados a partir de 30/11/99, parece-me indubitável que os pleitos formalizados até essa data deverão ser solucionados de acordo com o entendimento do citado Parecer, pois quando do pedido de restituição este era o entendimento da administração. Até porque os processos protocolados antes de 30/11/99 e julgados, seguiram orientação do Parecer. Os que embora protocolados mas que não foram julgados haverão de seguir o mesmo entendimento, sob pena de se estabelecer tratamento desigual entre contribuintes em situação igual.”*
- Também não assiste razão ao ilustre julgador de 1ª instância quando argumenta não ser aplicável ao presente caso o entendimento exarado no Parecer PGFN/CRE nº 948/98, por não se tratar de “impugnação a lançamento que constitui crédito tributário amparado em norma declarada inconstitucional pelo STF”. Ora a referência específica só foi feita por ter sido esse seu propósito, uma vez que foi elaborado em face da consulta formulada pela DRJ em Campo Grande/MS acerca do alcance no Decreto 2.346/97 nos julgamentos a ela submetidos. No entanto, ao tecer suas conclusões acerca da inteligência da expressão “as decisões do STF que fixem, de forma inequívoca e definitiva”, constante no art. 1º, do Decreto nº 2.346/97, assim se manifesta no item 4.c:
- *“c) 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).....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 - , (c.3)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...”(grifo acrescido);*
- Por derradeiro, corroborando todo o alegado até então, vale transcrever a ementa do Acórdão nº 303-29.433 (doc. 07) proferido pelo Egrégio 3º Conselho de Contribuintes, dando provimento, por unanimidade de votos, ao Recurso nº 120.653:

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

- *“QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO AO IBC. O STF decidiu de forma inequívoca e com ‘animus’ definitivo, em votação unânime, a inconstitucionalidade do art. 4º do DL 2.295/86 e de resto entendeu como inválido o referido diploma legal que, desde sua edição, não dispunha sobre a alíquota do tributo (cota de contribuição sobre a exportação de café). Por força do Decreto 2.346/97, em caso de decisão do STF de forma inequívoca e definitiva, mesmo sem eficácia ‘erga omnes’, cabe aos órgãos julgadores singulares ou coletivos, da administração tributária afastar a aplicação da lei declarada inconstitucional. Recurso voluntário provido.”*

Por todo o exposto, demonstrado o pagamento indevido de contribuição administrada pela SRF, considerada de forma inequívoca e definitivamente inconstitucional pelo STF, tendo em vista a desnecessidade de Resolução do Senado Federal ou manifestação da SRF para que os órgãos julgadores sigam orientação adotada pelo STF e que o prazo decadencial não escoou, requer a recorrente, em conformidade com a Lei nº 8.383/91 e IN SRF 21/97, que seja dado provimento integral ao presente recurso voluntário com o consequente deferimento do pedido de restituição.

É o relatório.



RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

VOTO

O mérito envolvido neste processo é da competência do Terceiro Conselho de Contribuintes e o recurso foi apresentado tempestivamente. Tomo conhecimento.

A Delegacia de Julgamento proferiu decisão apenas quanto a uma questão prejudicial.

Disse que decidiu tomar conhecimento do mérito e considerou indevida a restituição pleiteada.

No entanto, em que pese a afirmação do julgador singular de que tomava conhecimento do mérito para indeferir o pedido de restituição, não corresponde ao que de fato ocorreu, posto que a decisão singular conteve-se em referendar a decisão anterior da DRF/Santos de não proceder à análise do pedido de restituição sustentado no argumento de que teria havido decadência do direito do contribuinte em pedir a restituição do que alegava ter sido pago indevidamente. Em verdade, o julgamento em Primeira Instância acatou como questão prejudicial à análise do pedido de restituição, a alegação de decadência formulada pela DRF/Santos.

Assim, penso que a questão trazida neste momento ao exame dessa 3ª Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, deve, por zelo, restringir-se a estabelecer o prazo de que dispõe o contribuinte para pleitear a restituição de contribuição paga supostamente de forma indevida.

A tese que presidiu a decisão recorrida foi a de que tal direito extinguiu-se após o transcurso de 05 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Do outro lado argumenta o contribuinte que à época da protocolização do pedido de restituição em causa, o entendimento da administração tributária era no sentido de que o prazo de cinco anos para o contribuinte pleitear a repetição do indébito com base em declaração de inconstitucionalidade da lei, começaria a contar, no caso de decisão proferida pelo STF no controle difuso, a partir da publicação da Resolução do Senado que suspendesse a execução da norma ou a partir da edição de ato administrativo específico do SRF (hipótese do Decreto nº 2.346/97, art. 4º). Diga-se que, basicamente, o teor do recurso voluntário é de compilação de decisões administrativas e judiciais que firmam jurisprudência sobre o assunto.

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

De fato o assunto encontra jurisprudência firmada no Conselho de Contribuintes. Assim, tenho a honra de adotar aqui as razões expostas no voto-guia do Acórdão 107-05.962, proferido pelo ilustre conselheiro Natanael Martins a propósito do Recurso 122.087 que tramitou pela 7ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, para o fim de decidir sobre a arguição de decadência do direito do contribuinte, formulada pela decisão recorrida.

Trata-se de peça exemplar, que reúne o melhor da doutrina, da legislação e da jurisprudência sobre a matéria. Vamos à transcrição do voto:

***...VOTO**

Conselheiro NATANAEL MARTINS, Relator.

O recurso é tempestivo, dele portanto tomo conhecimento.

A matéria em debate – prazo de que dispõe o contribuinte para a restituição de tributos – há longos anos vem sendo debatida em todas as instâncias e Tribunais, na doutrina e em órgãos da Receita Federal, merecendo pois, neste processo, sua intensa abordagem.

O Prazo de Restituição – Decadência ou Prescrição

A doutrina ainda hoje discute se o prazo de restituição é prazo de decadência ou de prescrição e os julgados do Poder Judiciário estão aí a provar que o debate sobre o tema ainda não se resolveu.

De nossa parte, não olvidando a dificuldade que o tema oferta, entendemos que se trata de prazo de prescrição, dado que regulatório do direito do contribuinte à repetição daquilo que entende ter sido indevido, prazo para exercício de direito de ação, portanto, seja em face de erro ou de tributo posteriormente declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Tratando-se, assim, de prazo para exercício de direito de ação, temos para nós que se trata de prazo de prescrição.

Decadência ou prescrição, seja como for, o prazo não se altera, apenas dependendo, como se verá, das circunstâncias em que o recolhimento do que se quer repetir se verificou, razão pela qual, pragmaticamente, nos referiremos, apenas, a prazo para o exercício do direito à restituição.

O Prazo Para Exercício do Direito À Restituição no CTN

O CTN, no artigo 168, procurou tratar do prazo para o exercício do direito à restituição, fazendo-o nos seguintes termos:

"Art. 168 – O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

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

II – na hipótese do inciso III do art. 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória”.

A seu turno, dispõem os referidos incisos do art. 165 do CTN:

“Art. 165- O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou de natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória”

Vê-se, contudo, das regras do CTN, que o legislador não cuidou da tipificação de todas as situações passíveis de ensejar o direito à restituição do indébito, sobretudo na situação de tributos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte.

A Restituição de Tributos Declarados Inconstitucionais

(i) A Doutrina

A doutrina, que no passado pouco se preocupava com a questão do prazo para o exercício do direito à restituição de tributos declarados inconstitucionais, à vista de inúmeros tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, debruçou-se sobre a questão.

Com efeito, Alberto Xavier, em sua monumental obra “Do Lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário (Ed. Forense, 2ª ed., 1997, pgs. 96/97), a propósito do tema, preleciona:

“Discutiu-se, preliminarmente, como se deveria contar o prazo para pedidos de restituição nos casos em que posteriormente o tributo tenha sido declarado inconstitucional: se a contar da data daquela declaração ou se dentro dos limites traçados pelo artigo 168 do Código Tributário Nacional que, por ser lei complementar, seria a única fonte de regulamentação possível dos institutos da decadência e da prescrição, como decorre do artigo 146, III, b, da Constituição. Mas a discussão foi abandonada por ser reconhecido que a declaração de inconstitucionalidade tinha afetado apenas o empréstimo compulsório sobre veículos e não sobre combustíveis.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

Devemos, no entanto, deixar aqui consignada a nossa opinião favorável à contagem do prazo para pleitear a restituição do indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade, a partir da data dessa declaração. A declaração de inconstitucionalidade é, na verdade, um fato inovador na ordem jurídica, suprimindo desta, por invalidade, uma norma que até então nela vigorava com força de lei. Precisamente porque gozava de presunção de validade constitucional e tinha, portanto, força de lei, os pagamentos efetuados à sombra da sua vigência foram pagamentos "devidos". O caráter "indevido" dos pagamentos efetuado só foi revelado "a posteriori", com efeitos retroativos, de tal modo que só a partir de então puderam os cidadãos ter reconhecimento do fato novo que revelou o seu direito à restituição. A contagem do prazo a partir da data da declaração de inconstitucionalidade é não só corolário do princípio da proteção da confiança na lei fiscal, fundamento do Estado-de-Direito, como consequência implícita, mas necessária, da figura da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988. Não poderia este prazo ter sido considerado à época da publicação do Código Tributário Nacional, quando tal ação, com eficácia "erga omnes" não existia. A legitimidade do novo prazo não pode ser posta em causa, pois a sua fonte não é a interpretação extensiva ou analógica de norma infra constitucional, mas a própria Constituição, posto tratar de consequência lógica e da própria figura da ação direta de inconstitucionalidade".

José Artur Lima Gonçalves e Marcio Severo Marques, não divergindo sobre o tema, e trazendo à baila novas e importantes considerações, concluíram:

"Verifica-se que o prazo de cinco anos previsto pelo transcrito artigo 168 do CTN disciplina apenas as hipóteses de pagamento indevido referidas pelo artigo 165 do próprio Código.

Aos casos de restituição de indébito resultante de exação inconstitucional, portanto, não se aplicam as disposições do CTN, razão por que a doutrina mais moderna e a jurisprudência mais recente têm-se inclinado no sentido de reconhecer o prazo de decadência - para essas hipóteses - como sendo de cinco anos, contados da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da lei que ensejou o pagamento indevido objeto da restituição. E o mesmo raciocínio tem sido aplicado às hipóteses de compensação, cujo prazo de decadência também não foi disciplinado pela legislação complementar.

É que antes do reconhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, o contribuinte que de boa-fé tenha optado por não impugnar judicialmente a exação (inclusive por conservadorismo e cautela), sujeitando-se à lei presumidamente válida (até o reconhecimento dessa inconstitucionalidade), poderia estar sendo mais onerado do que aquele que ingressou em julgo em momento anterior ao da declaração de inconstitucionalidade daquela lei pelo STF.

....

Essa distinção é relevante na medida em que considera a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo STF como marco inicial para contagem do prazo de decadência e prescrição do direito à restituição ou compensação do pagamento indevido. E a análise procedida leva à conclusão de que dependendo da forma de controle de constitucionalidade de que trate (via direta ou via indireta), distinto será o termo a quo daquele prazo: no controle concentrado, a partir da publicação da decisão proferida pelo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

STF; e no controle difuso, a partir da suspensão, pelo Senado Federal, da execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

...

O Superior Tribunal de Justiça reconhece que o prazo de decadência do direito à restituição do indébito deve ser contado da declaração da lei inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, mas não esclarece se essa declaração diz respeito a controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, razão por que salientamos a necessidade de meditação mais detida a respeito da questão.

De toda forma, essas decisões significam o reconhecimento daquele Tribunal no sentido de que, nas hipóteses de pedido judicial de restituição ou de compensação de pagamento indevido resultante de tributo inconstitucional, não se aplicam as disposições do CTN sobre prescrição e decadência. E assim também entendemos, conforme já explicitado: sendo inconstitucional a exigência fiscal, não se caracteriza o "pagamento indevido" definido nos incisos I e II do artigo 165 do CTN.

...

E não sendo aplicáveis, nestes casos, as disposições do artigo 165 do CTN, aplicar-se-ia o disposto no artigo 1º do Decreto nº 20.910/31....

As disposições do Decreto nº 20.910/32 seriam, assim, aplicáveis aos casos de pedidos de restituição ou compensação com base em tributo inconstitucional (repita-se, hipótese não alcançada pelo artigo 165 do CTN), caso em que o ato ou fato do qual se originaram as dívidas passivas da Fazenda Pública (objeto da norma de decadência) estaria relacionado ao julgamento do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade da exação"(Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, obra coletiva, coordenador Hugo de Brito Machado, co-edição Dialética e ICET - Instituto Cearense de Direito Tributário, p. 220/222).

Outra não é a opinião de Ives Gandra da Silva Martins;

"2.4. Acredito que, quando o contribuinte é levado, por uma lei inconstitucional, a recolher aos cofres públicos determinados valores a título de tributo, a questão refoge ao âmbito da mera repetição de indébito, prevista no CTN, para assumir os contornos de direito à plena recomposição dos danos que lhe foram causados pelo ato legislativo inválido, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 6º da CF.

Em tais casos, a actio nata ocorre com o reconhecimento do vício por decisão judicial transitada em julgado, pois, até então vale a presunção de legitimidade do ato legislativo" (Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, ob. cit., pg. 178).

Antonio Carlos Sampaio Doria, sustentando que em matéria de tributos declarados inconstitucionais são inaplicáveis as regras do CTN, enfaticamente conclui:

"Ora, se de tributo não se cuida, qual a natureza daquela contribuição compulsória? A de confisco ou requisição forçada, sem indenização, ambos vedados pelo texto constitucional. Desse pressuposto, uma consequência dupla: a) inaplicável o prazo prescricional reservado para a restituição do indébito fiscal; b) aplicável o prazo prescricional reservado para a restituição do indébito em geral contra a Fazenda Pública, de 5 anos, contados do "ato ou fato do qual se originar a ação". Ora, o fato do qual se origina, que legitima e sustenta, a ação de repetição de indébito é o da decretação de sua inconstitucionalidade pelo Judiciário, passada em julgado e não o do pagamento de um pretenso tributo, a que subseqüentemente se negou tal natureza"(apud, Aroldo Gomes de Mattos, Repetição do Indébito e Compensação no Direito Tributário, ob. cit., p. 59)

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

(ii) *O Parecer COSIT nº 58/98*

A Coordenação Geral do Sistema de Tributação, no Parecer COSIT nº 58/98, em longa abordagem a propósito de restituição/compensação de tributo pago em virtude de lei declarada inconstitucional, relativamente ao prazo, concluiu:

25. Para que se possa cogitar de decadência, é mister que o direito seja exercitável: que, no caso, o crédito (restituição) seja exigível. Assim, antes de a lei ser declarada inconstitucional não há que se falar em pagamento indevido, pois, até então, por presunção, eram a lei constitucional e os pagamentos efetuados efetivamente devidos.

26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais, só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos "erga omnes", que, conforme já dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º.

26.1 Quanto à declaração de inconstitucionalidade de lei por meio de ADIN, o termo inicial para a contagem do prazo de decadência é a data do trânsito em julgado da decisão do STF".

(iii) *O Parecer PGFN/CAT/Nº 1538/99*

A Procuradoria da Fazenda Nacional, não concordando com o posicionamento da COSIT a propósito do prazo para restituição de tributos declarados inconstitucionais, exarou o Parecer PGFN/CAT/Nº 1538/99 onde em síntese concluiu:

I - o entendimento de que o termo a quo do prazo decadencial do direito de restituição de tributo pago indevidamente, com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, seria a data de publicação do respectivo acórdão, no controle concentrado, e da resolução do Senado no controle difuso, contraria o princípio da segurança jurídica por aplicar o efeito ex tunc, de maneira absoluta sem atenuar a sua eficácia, de forma a não desfazer situações jurídicas que, pela legislação regente, não sejam mais passíveis de revisão administrativa ou judicial;

II - os prazos decadenciais e prescricionais em direito tributário constituem-se em matéria de lei complementar, conforme determina o art. 150, III, "b" da Constituição da República encontrando-se hoje regulamentada pelo Código Tributário Nacional;

III - o prazo decadencial do direito de pleitear restituição de crédito decorrente de pagamento de tributo indevido, seja por aplicação inadequada da lei, seja pela inconstitucionalidade desta, rege-se pelo art. 168 do CTN, extinguindo-se, destarte, após decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código".

(iv) *O Ato Declaratório SRF nº 96/99*

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

O Secretário da Receita Federal, à vista do Parecer PGFN/CAT/Nº 1538/99, com o objetivo de por fim, no âmbito da administração tributária, polêmica relativa à questão do prazo para restituição de tributos, decretou no Ato Declaratório 96/99 que:

"I - o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

II - o prazo referido no item anterior aplica-se também à restituição do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos recebidos como verbas indenizatórias a título de incentivo à adesão a Programas de Desligamento Voluntário - PDV"

(v) A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, em jurisprudência mansa e pacífica, vem decidindo que em matéria de tributos declarados inconstitucionais, o prazo para repetição do indébito se inicia a partir da declaração de inconstitucionalidade, como se pode ver dos julgados abaixo:

Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 43.995 - 5 RS, relator o Ministro César Asfor Rocha:

"Ementa - TRIBUTÁRIO, EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. DECRETO LEI N º 2.288/86 RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Consoante o entendimento fixado pela egrégia Primeira Seção, sendo o empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis sujeito a lançamento por homologação, à falta deste, o prazo decadencial só começará a fluir após o decurso de cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais cinco anos contados estes da homologação tácita do lançamento. Por sua vez, o prazo prescricional tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou o gravame

Embargos de divergência rejeitados"

Do voto do Relator, por pertinente e por se tratar de julgado que pacificava a jurisprudência da Primeira Seção do STJ, que justamente decide sobre matéria tributária, vale a pena transcrever os seguintes excertos, extraídos de decisão anteriormente proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros:

"Ademais, é razoável e jurídico que se conte o prazo para a propositura da ação de restituição, em tal caso, a partir da decisão plenária do Supremo, que declarou a inconstitucionalidade da exação. A propósito, argumentou, com pertinência, o ilustre magistrado e conceituado tributarista, Dr. Hugo de Brito Machado, em voto que proferiu na Apelação Cível nº 44.403-PE, na Primeira Turma do TFR-5ª Região, na assentada de 14-4-94:

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

"O direito de pleitear a restituição, 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. RICARDO LOBO TORRES, ensina:

"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data de trânsito em julgado da decisão do STF proferida em ação direta ou da publicação da Resolução do Senado que suspendeu a lei com base em decisão proferida incidenter tantum pelo STF." (Restituição de Tributos, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 169).

Tinha, é certo, o contribuinte, ação para pedir, perante o Judiciário, a restituição, tendo como fundamento a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 2.288/86, mas no que concerne a esta não existe prescrição. A interpretação conjunta dos artigos 168 e 169, do Código Tributário Nacional, demonstra que tais dispositivos não se referem a esse tipo de ação. O art. 168 diz respeito ao pedido de restituição formulado perante a autoridade administrativa. E o art. 169 diz respeito à ação para anular a decisão administrativa denegatória do pedido de restituição. Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional.

No caso de que se cuida, portanto, não se extinguiu o direito à repetição do indébito.

Poder-se-á argumentar que as ações em geral, contra a Fazenda Pública, prescrevem em cinco anos, por força do disposto no Decreto-lei nº 4.597 de 19.08.1942.

Ocorre que a presunção de constitucionalidade das leis não permite que se afirme a existência do direito à restituição do indébito, antes de declarada a inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo.

É certo que o contribuinte pode promover a ação de restituição, pedindo seja incidentalmente declarada a inconstitucionalidade. Tal ação, todavia, é diversa daquela que tem o contribuinte, diante da declaração, pelo STF, da inconstitucionalidade da lei em que se fundou a cobrança do tributo. Na primeira, o contribuinte enfrenta, como questão prejudicial, a questão da inconstitucionalidade. Na segunda, essa questão encontra-se previamente resolvida.

Não é razoável considerar-se que ocorreu inércia do contribuinte que não quis enfrentar a questão da constitucionalidade. Ele aceitou a lei, fundado na presunção de constitucionalidade desta.

Uma vez declarada a inconstitucionalidade, surge, então, para o contribuinte, o direito à repetição, afastada que fica aquela presunção."

A tese de que, declarada a inconstitucionalidade da restituição da exação, segue-se o direito do contribuinte à repetição do indébito independente do exercício em que se deu o pagamento, podendo, pois, ser

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

exercitado no prazo de cinco anos, a contar da decisão plenária declaratória da inconstitucionalidade, ao que saiba, não foi ainda expressamente apreciada pela Corte Maior. Todavia, creio que se ajusta ao julgado no RE 136.883-RJ, Relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, assim ementado (RTJ 137/936).

"Empréstimo compulsório (Decreto-lei nº 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 Federal (RE 121.336, Plenário, 11-10-90, Pertence): direito do contribuinte à repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido."

A propósito, aduziu conclusivamente no seu douto voto (RTJ 137/938):

"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 (Código Tributário Nacional, art. 165), independente do exercício financeiro em que tenha ocorrido o pagamento indevido."

Pacificada a jurisprudência, o STJ, em dezenas e dezenas de acórdãos, reiterou que em matéria de tributos declarados inconstitucionais o prazo para sua restituição começa a fluir a partir da declaração de inconstitucionalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal. Tanto isso é verdade que os Ministros do STJ, em despachos monocráticos, dados com fulcro nos artigos 120, § único, c.c. 557, do Código de Processo Civil, na redação da Lei nº 9.756/98, que pressupõe a existência de jurisprudência mansa e pacífica a propósito do tema, vem negando seguimento a recursos da União, como se pode ver no julgado abaixo:

*"Recurso Especial nº 233.090 - Rio Grande do Sul
Relator: Ministro Garcia Vieira*

...

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra acórdão proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que reconheceu o direito do autor à compensação dos valores indevidamente recolhidos sobre a remuneração paga aos autônomos, administradores e avulsos com tributos de mesma espécie incidentes sobre a folha de salários.

...

A jurisprudência desta Corte de Justiça uniformizou-se no sentido de que o prazo prescricional de cinco anos para a cobrança do crédito correspondente à contribuição previdenciária incidente sobre o pagamento de pró-labore só começa a fluir da data das decisões do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 1.102-2-DF e no Recurso Extraordinário nº 166.722-9-RS, que declararam a inconstitucionalidade das expressões "autônomos, administradores e avulsos". Precedentes jurisprudenciais: Resps. nºs 202.176-PR e 205.232-SP.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

...

Pelo exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, com nova redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, nego seguimento ao recurso.” (in Revista Dialética de Direito Tributário nº 53, pg. 189)

(vi) Os Conselhos de Contribuintes

Por sua vez, as decisões dos Conselhos de Contribuintes vem se pronunciando no mesmo sentido do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode verificar no trecho do voto da lavra da douta Conselheira Maria Teresa Martinez López, no acórdão nº 202-10.883:

“De outro lado, também nos casos de declaração de inconstitucionalidade operados pelo Supremo Tribunal Federal a contagem de prazo para a recuperação de importâncias despendidas indevidamente sujeita-se a ‘regra especial’, pois a jurisprudência tem-se orientado no sentido de reconhecer que o lapso prescricional de cinco anos somente começa a fluir após a publicação da decisão do STF que declarar tal inconstitucionalidade, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade (efeito vinculante e erga omnes), e apenas após a Resolução do Senado Federal que suspender a vigência do dispositivo legal, cuja desvalia constitucional foi reconhecida pelo STF, nos casos de controle difuso de constitucionalidade (efeito inter partes).”

Nesse diapasão, também foi o entendimento exarado pelo ilustre professor da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, José Antonio Minatel, então Conselheiro da 8ª Câmara do 1º C.C., em voto proferido no acórdão nº 108-05.791, in verbis:

“O mesmo não se pode dizer quando o indébito é exteriorizado no contexto de solução jurídica conflituosa, uma vez que o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercer. Aqui, está coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir “da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa, ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória” (art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que é editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida.

A DECISÃO

Postas essas considerações, não tenho dúvidas quanto ao cabimento do pleito da recorrente.

Com efeito, como visto nas lições doutrinárias e jurisprudenciais judicial e administrativa, o CTN, no trato da matéria, não versou especificamente quanto ao prazo de que dispõe o contribuinte para a repetição de tributos declarados inconstitucionais, devendo e podendo o

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

interprete e aplicador do direito e, sobretudo, o órgão julgante, suprir essa omissão à luz do direito aplicável e dos princípios vetores instituídos na Carta Magna.

Ora, sem embargo do respeito às opiniões contrárias, sobretudo a da douta Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, não vejo como se querer aplicar as regras de prazo para restituição insertas no CTN - todas elas, na feliz lição de José Antonio Minatel, típicas de relações não conflituosas - à situação que ora se apresenta em que o contribuinte, no pressuposto da constitucionalidade da norma instituidora do tributo já para o ano base de 1998, pagou o tributo exigido.

Veja-se que o CTN, embora estabelecendo que o prazo seria sempre de cinco anos (em consonância, alias, com a regra genérica de prazo estabelecida no Decreto 20.910/32, ainda hoje vigente segundo a jurisprudência), diferencia o início de sua contagem conforme a situação que rege, em clara mensagem de que a circunstância material aplicável a cada situação jurídica de que se tratar é que determinará o prazo de restituição que, é certo, é sempre de cinco anos.

Nesse contexto, tem razão o Professor Jose Antonio Minatel ao dizer que quando se tratar de solução jurídica conflituosa "o direito de repetir o valor indevidamente pago só nasce para o sujeito passivo com a decisão definitiva daquele conflito, sendo certo que ninguém poderá estar perdendo direito que não possa exercitá-lo"

Dai porque, com absoluta pertinência, conclui Minatel: "Aqui esta coerente a regra que fixa o prazo de decadência para pleitear a restituição ou compensação só a partir "da data em que se tornar definitiva a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória"(art. 168, II, do CTN). Pela estreita similitude, o mesmo tratamento deve ser dispensado aos casos de soluções jurídicas ordenadas com eficácia erga omnes, como acontece na hipótese de edição de resolução do Senado Federal para expurgar do sistema norma declarada inconstitucional, ou na situação em que editada Medida Provisória ou mesmo ato administrativo para reconhecer a impertinência de exação tributária anteriormente exigida"

Realmente, dentre as regras insertas no CTN, a que se mostra mais aplicável ao caso em questão é a do art. 168, II. Assim, à mingua de disposição expressa a propósito, a analogia possível e cabível deve ser feita pela aplicação dessa regra e não a do inciso I do referido artigo, que pressupõe desde logo a "cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido", circunstância que não se verifica no pagamento realizado no pressuposto da constitucionalidade do tributo exigido.

Com razão, pois, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação quando na NOTA MF/COSIT nº 312, de 16 de julho de 1999, editada pouco antes do Ato Declaratório SRF 96/99, feita em resposta ao Parecer PGFN/CAT nº 678/1999 e com o intuito de "trazer a lume as razões que permearam o entendimento fixado no Parecer Cosit nº 58/1998", asseverou:

"7. Veja-se a referência, no art. 165, inciso I, a "pagamento indevido em face da legislação tributária aplicável". Parece razoável se supor que o real alcance que o legislador pretendeu dar à citada expressão à época se restringiria àqueles casos em que o contribuinte, em face da legislação em vigor, devesse recolher "x" unidades monetárias, mas, por qualquer razão, acaba por recolher "x + y". Teria ele, nessa situação, direito a

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

solicitar a restituição do quantum indevidamente recolhido junto à Administração...

7.1 Aqui cuida-se de situação em que o pleito do contribuinte é, de fato, analisado quanto as razões de mérito no âmbito da Administração.

8. Passando à situação em exame, soa, no mínimo, estranho considerar-se como indevido um pagamento realizado nos exatos ditames da lei. Esta a razão pela qual uma interpretação literal dos citados dispositivos daquele diploma complementar parece inadequada. Afinal, toda lei, por presunção, é constitucional e, por mais que se admita que a inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal tenha caráter declaratório, referido raciocínio parece ter lugar exclusivamente em teoria....

...

9. O entendimento aqui defendido, em resumo, toma por premissa o fato de que o prazo para o contribuinte pleitear a restituição somente se iniciaria quando ele tivesse o efetivo direito de pleiteá-la.... Afinal, a partir do momento em que a SRF, por exemplo, faz publicar no DOU ato normativo nesse sentido, parece claro que a Administração Tributária - e, em última análise, a Administração Pública - reconhece que o tributo ou a contribuição foi exigida com base em lei inconstitucional; e, se assim o é, nesse momento nasce para o contribuinte o direito de, administrativamente, pleitear a restituição do que pagou à luz da lei tida por inconstitucional.

...

10. Não parece sensato, e tampouco ético, que "efeitos danosos" da declaração de inconstitucionalidade recaiam exatamente sobre os contribuintes que cumprem, regularmente, com suas obrigações para com o Fisco. ...

...

13.2 Trata-se, como dito, de previsão legal calcada certamente nos princípios que regem a Administração Pública (legalidade, moralidade, etc) previstos no art. 37 da Constituição Federal"

Nesse contexto, a afirmação feita pela PGFN no Parecer PGFN/CAT/Nº 1538/99 de que interpretação da espécie contrariaria o princípio da segurança jurídica e que criaria situações terrivelmente danosas ao Estado, embora à primeira vista impressione, não subsiste ante o fato de que os direitos e garantias fundamentais são conferidos aos tutelados pelo Estado, contra os possíveis desmandos por ele praticado. Vale dizer, o destinatário dos direitos e garantias fundamentais e dos demais princípios específicos aplicáveis ao direito tributário são os indivíduos, os contribuintes, jamais o Estado.

O Ministro Celso de Mello, no despacho proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 712-2-DF, a propósito da impossibilidade de avocação dos direitos e garantias fundamentais em defesa do Estado, teceu lição inesquecível, cujo teor merece ser transcrita:

"A Lei Fundamental delinela, pois, revestindo-o do mais elevado grau de positividade jurídica, um verdadeiro estatuto do contribuinte, que compreende um complexo de direitos cujo reconhecimento fixa e impõe, no que concerne à tributação, limites intransponíveis pelos Poderes do Estado.

Por isso mesmo, assinala Roque Carrazza ('Curso de Direito Constitucional Tributário', p. 206, 2ª ed., 1991, RT), 'O estatuto do contribuinte (...) impõe

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

limitações aos Poderes Públicos, inibindo-os de desrespeitarem os direitos subjetivos das pessoas que devem pagar tributos. Inexistisse, e o legislador poderia, por meio de uma tributação atrabiliária, até espoliar as pessoas... .

O princípio da irretroatividade da lei tributária deve ser visto e interpretado, desse modo, como garantia constitucional instituída em favor dos sujeitos passivos da atividade estatal no campo da tributação.

Trata-se, na realidade, à semelhança dos demais postulados inscritos no art. 150 da Carta Política, de princípio que – por traduzir limitação ao poder de tributar – é tão-somente oponível pelo contribuinte à ação do Estado.

É preciso ter presente que, a partir de razões de ordem histórica e política, foram instituídos, em nosso sistema de direito positivo, mecanismos de proteção jurídica destinados a tutelar os direitos subjetivos do contribuinte em face da atividade tributante do Poder Público.

Esses direitos, fundados em princípios de extração constitucional, somente pelo contribuinte podem ser reclamados sendo, em consequência, defeso ao Estado invocá-los em desfavor do sujeito passivo da obrigação tributária.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes a titularidade subjetiva desses direitos e os destinatários das correspondentes limitações, reconheceu a possibilidade de imediata incidência da lei tributária benéfica, até mesmo, de sua aplicação retroativa (RT 459/234). Nesse pronunciamento, esta Corte reafirmou, na esteira da doutrina (Roque Antônio Carrazza, 'Curso de Direito Constitucional Tributário', p. 174/175, 2ª ed., 1991, RT; Paulo de Barros Carvalho, 'Curso de Direito Tributário', p. 99/100, 4ª ed., 1991, Saraiva; Sacha Calmon Navarro Coelho, 'Comentário à Constituição de 1988 – Sistema Tributário', 321/325, item nº 170, 1990, Forense), que esses princípios limitadores da atividade tributária constituem garantias individuais outorgadas aos contribuintes, e não instrumentos de tutela das pretensões estatais manifestadas pelo Fisco.

Os princípios constitucionais tributários, desse modo, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições".

Por derradeiro, se das dobras do CTN não fosse possível extrair a interpretação de que em matéria de tributos inconstitucionais o prazo para sua restituição começaria a fluir da declaração de sua inconstitucionalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, ou da Resolução do Senado Federal estendendo a todos os efeitos de decisão dada no controle difuso ou, ainda, do ato da administração tributária estendendo a todos os efeitos da decisão, com Antonio Carlos Sampaio Doria, Jose Artur Lima Gonçalves e Marcio Severo Marques seríamos forçados a concluir que a regra aplicável seria a do Decreto nº 20.910/32, tendo como marco inicial da contagem do prazo (o ato ou fato do qual se originaram as dívidas a que o Decreto alude), justamente a inovação na ordem jurídica provocada pelo julgamento da matéria pelo Supremo

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 124.275
ACÓRDÃO Nº : 303-30.306

Tribunal Federal, somada ao caso concreto a Resolução do Senado Federal dando efeitos a todos da decisão dada no controle difuso.

Por tudo isso, dou provimento ao recurso.....

É como voto.

Sala das Sessões - DF, em 10 de maio de 2000.

NATANAEL MARTINS "

Nada a acrescentar a tão brilhante voto, em tudo completamente pertinente à situação que se descortina no presente processo e cujas conclusões a respeito da questão prejudicial da não prescrição do direito do contribuinte de pleitear restituição naquele caso, resolvem a arguição de prescrição em análise neste processo.

No caso presente o prazo de cinco anos para o recorrente pleitear a restituição somente poderia se iniciar quando ele tivesse o efetivo direito de pleiteá-la, a partir de ato específico da SRF reconhecendo que a contribuição foi exigida com base em lei inconstitucional, ou a partir de decisão judicial transitada em julgado em que o contribuinte fosse parte diretamente, ou, ainda, a partir de decisão do STF que declarasse a inconstitucionalidade em ADIN, ou mesmo a partir da data em que se tornar definitiva decisão administrativa que reconheça seu direito à restituição.

Sendo acatado este voto pela egrégia Terceira Câmara, recomenda-se que os presentes autos retornem à DRJ/São Paulo para análise do pedido de restituição formulado pelo contribuinte.

Sala das Sessões, em 09 de julho de 2002



ZENALDO LQIBMAN - Relator



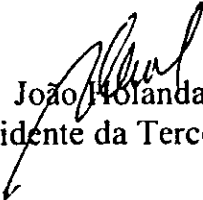
**MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo nº: 10845.002534/99-60
Recurso n.º: 124.275

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência do Acórdão nº 303-30.306.

Brasília- DF, 27, de fevereiro de 2003


João Holanda Costa
Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: