



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

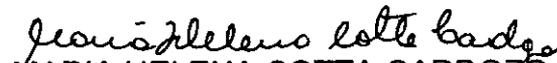
Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Recurso nº. : 152.553  
Matéria : IRF/ILL - Ano(s): 1990 e 1991  
Recorrente : TECNOCOL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.  
Recorrida : 3ª TURMA/DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP  
Sessão de : 21 de setembro de 2006  
Acórdão nº. : 104-21.910

ILL - PAGAMENTO INDEVIDO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO -  
DECADÊNCIA - Ao tempo da formalização do requerimento de restituição,  
em 24/07/2002, o direito de pedir já havia perecido, pela ocorrência da  
decadência, ainda que aplicada a tese da *actio nata*.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por  
TECNOCOL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Primeiro Conselho de  
Contribuintes, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório  
e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Nelson  
Mallmann, Heloísa Guarita Souza e Paulo Roberto de Castro (Suplente convocado), que  
proviam o recurso para afastar a decadência.

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO  
PRESIDENTE E RELATORA

FORMALIZADO EM: 23 OUT 2006

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros OSCAR LUIZ MENDONÇA  
DE AGUIAR, PEDRO PAULO PEREIRA BARBOSA, MARIA BEATRIZ ANDRADE DE  
CARVALHO e REMIS ALMEIDA ESTOL.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

Recurso nº. : 149.165  
Recorrente : TECNOCOL ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.

RELATÓRIO

DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO

Em 24/07/2002, a empresa acima identificada apresentou o Pedido de Restituição/Compensação de fls. 01 a 15, relativo ao Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido, recolhido em 1990 e 1991, com base na declaração de inconstitucionalidade da exigência pelo Supremo Tribunal Federal e na Instrução Normativa SRF nº 63, de 25/07/1997.

DA DECISÃO DA DRF

Em 16/09/2003, a Delegacia da Receita Federal em Limeira/SP, por meio do Despacho Decisório de fls. 54/55, indeferiu o pleito, com base no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999.

DA MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE

Cientificada da decisão da DRF em 13/10/2003 (fls. 57), a interessada apresentou, em 29/10/2003, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 58 a 66. *gel*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

DA DILIGÊNCIA SOLICITADA PELA DRJ

Em 29/11/2005, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP determinou o retorno dos autos à DRF, para pronunciamento acerca do Pedido de Compensação, convertido em Declaração de Compensação, apresentado pela empresa (fls. 69).

Em atendimento, a Delegacia da Receita Federal em Limeira/SP exarou o Despacho Decisório de fls. 70/71, por meio do qual não homologa a compensação pleiteada, tendo em vista a decisão denegatória do pedido de restituição.

Cientificado do despacho acima em 05/01/2006, a empresa apresentou, em 27/01/2006, tempestivamente, a Manifestação de Inconformidade de fls. 77 a 104.

Por sua objetividade e concisão, adoto o Relatório do acórdão de primeira instância, no que tange às razões de defesa (fls. 111/112):

"- a exigência do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) estabelecida pela Lei nº 7.713, de 1998, art. 35, é inconstitucional e ilegal, pois fere o Código Tributário Nacional (CTN), art. 43, e a Constituição Federal (CF), art. 153, III;

- a declaração de inconstitucionalidade do recolhimento do ILL tem efeito *ex tunc*, portanto todos os recolhimentos realizados a esse título são passíveis de compensação.

(...)

- o ILL é tributo sujeito ao lançamento por homologação, nos termos do art. 150 do CTN, e a decadência do direito de repetir o indébito tributário só ocorre decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de outros cinco anos, contados da homologação tácita do lançamento. Citou jurisprudência a esse respeito; *pl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

- não tendo ocorrido a homologação expressa, o crédito se extinguiu com o decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, a chamada homologação tácita. E o prazo quinquenal para a restituição do tributo somente começou a fluir após a extinção do crédito tributário;

- outro aspecto a ser considerado é que o prazo para pleitear a restituição de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional deve ser contado a partir da data da publicação da IN SRF nº 63, de 1997, que reconheceu o direito à restituição dos valores pagos indevidamente pelas empresas sob forma de sociedade limitada;

- tem direito a compensar o valor recolhido a título de ILL com tributos administrados pela Receita Federal, devidamente atualizados pela taxa Selic até a data da efetiva compensação, nos termos da Lei nº 9.250, de 1995, art. 39, § 4º, e IN SRF nº 22, de 1996, art. 2º, I, c, e art. 4º, parágrafo único."

#### DO ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Em 10/03/2006, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto/SP indeferiu o pleito, por meio do Acórdão DRJ/RPO nº 11.277 (fls. 110 a 115), assim ementado:

#### "RESTITUIÇÃO. ILL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, mesmo quando se tratar de pagamento com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

#### COMPENSAÇÃO

Somente se admite a compensação de débitos com créditos líquidos e certos.

Solicitação Indeferida." 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

DO RECURSO AO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Cientificada do acórdão em 17/04/2006 (fls. 117), a interessada apresentou, em 09/05/2006, tempestivamente, o recurso de fls. 119 a 138, em que reitera as razões contidas nas Manifestações de Inconformidade.

O processo foi distribuído a esta Conselheira numerado até as fls. 140 (última), que trata do envio dos autos a este Primeiro Conselho de Contribuintes.

É o Relatório. *gl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

VOTO

Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Relatora

**Trata o presente Recurso Voluntário, de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre Lucro Líquido, recolhido com base no art. 35 da Lei nº 7.713/1988, em 1990 e 1991, formalizado em 24/07/2002.**

O posicionamento majoritário desta Câmara, no caso de pedidos de restituição de indébitos que assim tenham se caracterizado por entendimento do Poder Judiciário, é no sentido de afastar-se a decadência e determinar-se o retorno dos autos à Repartição de Origem, para apreciação do mérito, deslocando-se o *dies a quo* do prazo decadencial, da data do recolhimento, fixada no CTN, para a data de publicação de ato que tenha conferido efeitos *erga omnes* à decisão exarada pelo Poder Judiciário, ou de ato administrativo reconhecendo a impertinência da exação.

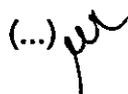
**O assunto é tormentoso e deve ser tratado com a necessária cautela.**

A Constituição Federal de 1998 assim dispõe:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...) 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e **decadência** tributários;"  
(grifei)

Cumprindo a determinação constitucional de regular a decadência tributária,  
o Código Tributário Nacional assim estabelece:

"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 artigo 162, nos seguintes casos:

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

II - erro na identificação 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.  
(...)

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

**I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, na data da extinção do crédito tributário;**

II - na hipótese do inciso III do artigo 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." (grifei)

No caso em apreço, trata-se obviamente de hipótese inserida no inciso I do art. 165, acima transcrito, uma vez que o pagamento foi espontâneo, realizado de acordo com dispositivo legal que, embora posteriormente tenha sido declarado parcialmente inconstitucional, à época dos recolhimentos encontrava-se em plena vigência. Ressalte-se que referido inciso menciona apenas o pagamento indevido, sem adentrar ao mérito do motivo do indébito, concluindo-se então que estão incluídos também os casos de pagamento indevido em função de posterior declaração de inconstitucionalidade da lei que obrigava ao pagamento. *pet*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

**Assim, na situação em tela, uma vez que o crédito tributário mais recente foi extinto pelo pagamento em 1991 (art. 156, inciso I, do CTN, e art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005), o direito de pleitear a respectiva restituição, na melhor das hipóteses, decaiu em 1996. Obviamente, o presente pedido de restituição, protocolado que foi em 24/07/2002, encontra-se inexoravelmente atingido pela decadência, ainda que aqui se aplicasse a tese do Superior Tribunal de Justiça, conhecida como a tese dos “cinco mais cinco”, que será tratada ainda no decorrer deste voto.**

Recapitulando, a tese acatada por esta Câmara é no sentido de que o termo inicial para contagem da decadência, no caso em apreço, não seria a data dos recolhimentos indevidos, mas sim data posterior, fixada a partir do momento em que ditos pagamentos foram considerados indevidos.

Tal tese não deixa de constituir argumentação coerente, tanto assim que chegou a encontrar abrigo no próprio Superior Tribunal de Justiça. Não obstante, analisando-se mais detidamente a matéria, chega-se à conclusão de que a argumentação é desprovida de fundamento legal, de sorte que abraçá-la equivaleria à criação de nova hipótese de *dies a quo* para a decadência, totalmente à revelia do CTN e, conseqüentemente, da Constituição Federal.

Ademais, a interpretação outrora abraçada pelo STJ conduz à seguinte ponderação: uma vez que a ADIn - Ação Direta de Inconstitucionalidade pode ser ajuizada a qualquer tempo, e tendo em vista a discricionariedade do Senado Federal para editar Resoluções, o STJ teria inaugurado hipótese de imprescritibilidade no Direito Tributário, o que não está previsto nem mesmo na Constituição Federal, salvo no âmbito do Direito Penal, relativamente à pretensão punitiva do Estado quanto à prática de racismo e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, incisos XLII e XLIV). *peh*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

**Por esse motivo, o entendimento do STJ vem sendo revisto, no sentido de prestigiar o *dies a quo* assinalado no CTN, conectado não à declaração de inconstitucionalidade do STF ou à Resolução do Senado Federal, mas sim à data de extinção do crédito tributário objeto do pedido de restituição.**

Ilustrando a mudança de posicionamento dos Senhores Ministros do STJ, convém trazer à colação trecho da ementa do acórdão proferido no **Recurso Especial 543.502/MG (DJ de 16/02/2004, p. 220)**, em que o Relator, Ministro Luiz Fux, ainda que se curvando à posição dominante à época, deixou registrado o seu ponto de vista:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. MAJORAÇÃO DAS ALÍQUOTAS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis adotado no Brasil implica assentar que apenas as decisões proferidas pelo STF no controle concentrado têm efeitos *erga omnes*. Consectariamente, a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso tem eficácia inter partes. Forçoso, assim, concluir que o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo pelo STF só pode ser considerado como termo inicial para a prescrição da ação de repetição do indébito quando efetuado no controle concentrado de constitucionalidade, ou, tratando-se de controle difuso, somente na hipótese de edição de resolução do Senado Federal, conferindo efeitos *erga omnes* àquela declaração (CF, art. 52, X).

2. **Ressalva do ponto de vista do Relator, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade somente tem o condão de iniciar o prazo prescricional quando, pelas regras gerais do CTN, a prescrição ainda não se tenha consumado. Considerando a tese sustentada de que a ação direta de inconstitucionalidade é imprescritível, e em face da discricionariedade do Senado Federal em editar a resolução prevista no art. 52, X, da Carta Magna, as ações de repetição do indébito tributário ficariam sujeitas à reabertura do prazo prescricional por tempo indefinido, violando o primado da segurança jurídica, e a *fortiori*, todos os direitos seriam imprescritíveis, como bem assentado em sede doutrinária: (...)**” (grifei) *ful*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

Cabe aqui destacar que a doutrina a que se refere o Ministro Luiz Fux ao final da ementa acima, é a do Professor Eurico Marques Diniz de Santi, que a seguir se transcreve (Decadência e Prescrição no Direito Tributário, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 273/277):

"Por isso, o controle da legalidade não é absoluto, exige o respeito do presente em que a lei foi vigente. Daí surgem os prazos judiciais garantindo a coisa julgada, e a decadência e a prescrição cristalizando o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

(...)

Como a ADIN é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficariam sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei.

O acórdão em ADIN que declarar a inconstitucionalidade da lei tributária serve de fundamento para configurar juridicamente o conceito de pagamento indevido, proporcionando a repetição do débito do Fisco somente se pleiteada tempestivamente em face dos prazos de decadência e prescrição: a decisão em controle direto não tem o efeito de reabrir os prazos de decadência e prescrição.

Descabe, portanto, justificar que, com o trânsito em julgado do acórdão do STF, a reabertura do prazo de prescrição se dá em razão do princípio da *actio nata*. Trata-se de repetição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo direito de ação, serve tão só como novo fundamento jurídico para exercitar o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

*pl*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

Respeitados os limites do controle da constitucionalidade e da imprescritibilidade da ADIN, os prazos de prescrição do direito do contribuinte ao débito do Fisco permanecem regulados pelas três regras que construímos a partir dos dispositivos do CTN."

Mais recentemente, **o entendimento do Ministro Luiz Fux, que figurava nos julgados apenas como uma ressalva, transformou-se em posicionamento vencedor**, conforme se depreende dos trechos a seguir transcritos, retirados do **Agravo Regimental no Recurso Especial 591.541**, julgado em 03/06/2004. Nesse acórdão o Relator, Ministro José Delgado, passa a adotar o posicionamento do Ministro Luiz Fux, autor do voto-vista, que a seguir se transcreve:

"O ilustre Relator negou provimento ao agravo regimental, sob o fundamento de que a Primeira Seção desta Corte firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação.

Pedi vista dos autos para melhor exame da questão.

No que pertine à prescrição da ação de repetição/compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a Primeira Seção do STJ, no julgamento dos **Embargos de Divergência no Recurso Especial 435.835/SC**, pacificou o entendimento de que deve ser aplicada a tese dos 5 (cinco) anos para a constituição do crédito e mais 5 (cinco) anos para a sua cobrança, **restando irrelevante, para o estabelecimento do termo a quo do prazo prescricional, eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso.**

Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado do termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo.

Confira-se a ementa do referido julgado:

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRECEDENTES.

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

**2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado.** A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.'

Na hipótese dos autos, os autores ajuizaram a ação em 15/10/99, pretendendo o ressarcimento de valores indevidamente recolhidos a título de contribuição ao PIS, cujos fatos geradores ocorreram no período de setembro/1989 a março/1996, o que, **nos termos dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN**, revela inequívoca a ocorrência da prescrição relativamente aos períodos anteriores a 15/10/1989, porquanto tributo sujeito a lançamento por homologação, cuja prescrição opera-se 5 (cinco) anos após expirado o prazo para aquela atividade.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao presente agravo regimental, para prover parcialmente o recurso especial da Fazenda Nacional, reconhecendo a prescrição da pretensão de repetição e/ou compensação dos valores indevidamente recolhidos, cujos fatos geradores ocorreram em período anterior a 15/10/89.

É como voto." (grifei)

Após a leitura do voto-vista, o Relator, Ministro José Delgado, retificou o seu voto e adotou o posicionamento esposado pelo Ministro Luiz Fux, conforme Certidão de Julgamento:

"Certifico que a egrégia 1ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão: 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux e a retificação de voto do Sr. Ministro Relator, a Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." (Agravo Regimental em Recurso Especial 591.541, Relator Ministro José Delegado, DJ de 16/08/2004, p. 145)

Assim, esta tese não mais encontra eco no STJ, que passou a prestigiar o *dies a quo* estabelecido no CTN (art. 168, inciso I), como forma de respeito à segurança jurídica. Nesse passo, a aferição sobre a tempestividade do pedido de restituição foi, nesse último Acórdão, conectada não à data da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou de Resolução do Senado Federal, mas sim à data de extinção do crédito tributário.

Os julgados mais recentes daquela Corte vêm sedimentando a opção pela segurança jurídica, citando-se como exemplo o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 653.469/SP, Relator Ministro José Delgado, DJ de 13/06/2005:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DL Nº 2.288/86. RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. INÍCIO DO PRAZO. INOCORRÊNCIA. LC Nº 118/2005. INAPLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO DA 1ª SEÇÃO.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento por entender que a pretensão da autora não estava prescrita, em ação de repetição do indébito de quantia recolhida a título de empréstimo compulsório (Decreto-Lei nº 2.288/86).

2. Está pacífico na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Sujeito o tributo a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima.

**3. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado.** A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível. A ação não está prescrita, nem o direito *ju*

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

decaído. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos “cinco mais cinco”.

4. *In casu*, comprovado que não transcorreu, entre o prazo do recolhimento e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás a partir do ajuizamento da ação. Precedentes desta Corte Superior.

5. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, no julgamento dos EREsp nº 327043/DF - ainda não finalizado, após os votos do Ministro Relator João Otávio de Noronha e dos Ministros Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, posicionou-se contra a nova regra prevista no art. 3º da referida Lei Complementar. Composta a 1ª Seção por dez Ministros, dos quais seis já se manifestaram contra a aplicação do art. 3º da LC nº 118/05, a tese da Fazenda Nacional, portanto, não restará acolhida.

6. Agravo regimental não provido.” (grifei)

Nesse mesmo sentido a matéria publicada no Informativo nº 0267, do STJ - Superior Tribunal de Justiça, acerca da decisão no Recurso Especial nº 747.091-ES, de 08/11/2005, que tratava da cota de contribuição sobre exportações de café:

“RENÚNCIA. PRESCRIÇÃO. FAZENDA PÚBLICA.

Não há como se entender que haja renúncia tácita de prescrição já consumada em favor da Fazenda Pública, pois, conforme o princípio da indisponibilidade dos bens públicos, isso só pode dar-se mediante lei. No caso, o art. 18 da Lei nº 10.522/2002 apenas dispensou a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição na dívida ativa da União e o ajuizamento de execução fiscal em casos de quota de contribuição para a exportação de café, nada dispondo sobre renúncia à prescrição. Ao contrário, em seu § 3º, aquele artigo deixa claro que não abre mão de valores já percebidos, quanto mais de valores recebidos e insusceptíveis de exigência pela via judicial pelo fato de se haver consumado a prescrição. Com esse entendimento, destacado entre outros, a Turma negou provimento ao especial. Precedentes citados do STF: RE 80.153-SP, DJ 13/10/1976. REsp 747.091, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8/11/2005.” 

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

Ora, se não é cabível a reabertura de prazo decadencial/prescricional pela edição de uma lei, muito menos pela edição de Resolução do Senado Federal, e menos ainda pela publicação de Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal. **Ademais, como já adiantado, nem mesmo a tese dos “cinco mais cinco”, defendida pelo STJ até junho de 2005, socorreria a recorrente, uma vez que entre a data do pagamento indevido e a do pedido decorreram mais de dez anos.**

Nesse sentido, confira-se a ementa da decisão exarada no Recurso Especial 747.091/ES, de 08/11/2005:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO NO ERESP 435.835/SC. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ART. 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA. ENTENDIMENTO CONSIGNADO NO VOTO DO ERESP 327.043/DF.

(...)

2. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador - **sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito.** Adota-se o entendimento firmado pela 1ª Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo *a quo* do prazo ao universal princípio da *actio nata* (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003).

**3. No caso, a ação foi promovida quando já passados mais de dez anos da data do recolhimento do tributo que se busca repetir.**

4. A renúncia à prescrição em favor da Fazenda Pública somente se dá quando expressamente autorizada por lei.



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
QUARTA CÂMARA

Processo nº. : 10865.001284/2002-13  
Acórdão nº. : 104-21.910

5. Recurso Especial a que se nega provimento." (grifei)

**Ressalvado o entendimento desta Conselheira, importa salientar que o direito de pedir ora discutido foi atingido pela decadência, mesmo aplicando-se a tese da *actio nata*, uma vez que, dos cinco Conselheiros que adotam tal tese, dois deles tomam como termo inicial a data da publicação da Resolução do Senado Federal nº 82, em 19/11/1996, e não a data da publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1996. Recorde-se que o pleito de restituição/compensação foi formalizado em 24/07/2002.**

Diante do exposto, seguindo a linha que sempre tenho adotado em casos semelhantes, ainda que considerando a tese da *actio nata* e tomando por termo inicial a data de publicação da Resolução nº. 82, do Senado Federal, NEGO provimento ao recurso, mantendo a decadência do direito de pleitear a restituição.

Sala das Sessões - DF, em 21 de setembro de 2006

  
MARIA HELENA COTTA CARDOZO