



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA TURMA

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Recurso nº. : 102-137657
Matéria : ILL
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 2ª CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : URUBUPUNGÁ TRANSPORTES E TURISMO LTDA.
Sessão de : 13 de dezembro de 2006
Acórdão nº : CSRF/04-00.460

IMPOSTO DE RENDA SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – RESTITUIÇÃO –
DECADÊNCIA – TERMO INICIAL – Conta-se a partir da publicação da
Resolução do Senado Federal n.º 82, de 19 de novembro de 1996, o prazo
para a apresentação de requerimento para restituição dos valores
indevidamente recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte sobre
o lucro líquido.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso especial
interposto pela FAZENDA NACIONAL.

ACORDAM os Membros da Quarta Turma da Câmara Superior de Recursos
Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do
relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencida a Conselheira Maria
Helena Cotta Cardozo (Relatora) que deu provimento ao recurso. Designado para redigir o
voto vencedor o Conselheiro Remis Almeida Estol.

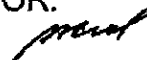
MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE

REMIS ALMEIDA ESTOL
REDATOR-DESIGNADO

FORMALIZADO EM: 06 MAR 2007

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: LEILA MARIA SCHERRER LEITÃO, ALEXANDRE ANDRADE LIMA DA FONTE FILHO, JOSÉ RIBAMAR BARROS PENHA, GONÇALO BONET ALLAGE e MARIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

Recurso nº. : 102-137657
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : URUBUPUNGÁ TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

RELATÓRIO

A contribuinte acima identificada apresentou, em 14/11/2001, o Pedido de Restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido que teria sido recolhido de 1989 a 1992, com base na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 20/12/2001, a Delegacia da Receita Federal em Osasco/SP, por meio do Despacho Decisório SEORT/DRF/OSA de fls. 57, indeferiu o pleito, declarando a decadência do direito à restituição, com base no Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999.

Irresignada, a contribuinte apresentou a Manifestação de Inconformidade de fls. 60 a 70, apreciada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas/SP, que reiterou o indeferimento do pedido, por meio do Acórdão DRJ/CPS nº 2.926, de 12/12/2002 (fls. 74 a 82).

Cientificada da decisão de primeira instância, a empresa interpôs o Recurso Voluntário de fls. 85 a 102, julgado em sessão plenária de 19/05/2005, pela Colenda Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, proferindo-se a decisão consubstanciada no Acórdão nº 102-46.777 (fls. 173 a 181), assim ementado:

“DECADÊNCIA - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - TERMO INICIAL - O prazo decadencial para que o sujeito passivo possa pleitear a restituição e/ou compensação de valor pago indevidamente somente começa a fluir após a Resolução do Senado que reconhece e dá efeito *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade de lei ou, a partir do ato da autoridade administrativa que concede à contribuinte o efetivo direito de pleitear a

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

restituição, eis que somente a partir dessa data é que exsurge o direito à repetição do respectivo indébito.

IMPOSTO DE RENDA NA FONTE SOBRE LUCRO LÍQUIDO - ILL - Deve ser reconhecido o direito da contribuinte à restituição e/ou compensação de valor que se caracterize como indébito, quando a exigência da respectiva exação for considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Recurso parcialmente provido."

Na oportunidade a Câmara decidiu, por maioria de votos, afastar a decadência e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso, para reconhecer o direito creditório da contribuinte.

Inconformada, a Fazenda Nacional interpõe o Recurso Especial de fls. 183 a 191, em que defende a aplicação do art. 168 do CTN, bem como do art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 2005.

A Presidência da Câmara recorrida entendeu estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e deu seguimento ao recurso (fls. 192 a 194).

Cientificada do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, a contribuinte apresentou tempestivamente as contra-razões de fls. 198 a 212, contendo os seguintes argumentos, em síntese:

- o apelo da Fazenda Nacional é inadmissível pelo permissivo do inciso II, do art. 32, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, uma vez que o Acórdão nele citado foi proferido pela mesma Câmara que exarou o recorrido, além de não ter sido fundamentada a divergência, já que não foi efetuado o confronto da tese perfilhada com a tese discutida;

- também seria inadmissível o conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional pelo permissivo contido no inciso I do dispositivo regimental acima, já

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

que, além de haver sido fundamentado na Lei Complementar nº 118, de 2005, em nenhum momento foi demonstrado que a matéria teria sido prequestionada.

No mérito, a contribuinte reitera as razões já esposadas nas peças apresentadas.

O processo foi distribuído a esta Conselheira, numerado até as fls. 218 (última), que trata do trâmite dos autos no âmbito deste Colegiado.

É o Relatório. 



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

VOTO

Conselheira MARIA HELENA COTTA CARDOZO, Relatora

Trata o presente processo, de pedido de restituição de Imposto de Renda na Fonte sobre o Lucro Líquido que teria sido recolhido de 1989 a 1992 com base no art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, formalizado em 14/11/2001.

Em sede de contra-razões, preliminarmente, a contribuinte pede o não conhecimento do apelo da Fazenda Nacional, argumentando que este não teria satisfeito aos requisitos dos permissivos regimentais: pelo inciso II, do art. 32, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, não teria havido demonstração da divergência jurisprudencial; pelo inciso I do mesmo dispositivo regimental, não teria sido respeitado o requisito do prequestionamento.

A Fazenda Nacional, em seu Recurso Especial, efetivamente cita como fundamento o art. 8º, § 1º, que corresponde ao permissivo para apresentação de contra-razões em Recurso Especial da parte contrária. Não obstante, tendo em vista o princípio do informalismo moderado que rege o processo administrativo tributário, bem como o princípio da fungibilidade dos recursos, dito apelo pode perfeitamente ser recepcionado como Recurso Especial, inclusive porque apresentado pelo sujeito processual que não obteve sucesso no litígio, e dentro do prazo assinalado para tal modalidade. Ademais, a decisão recorrida foi acatada por maioria de votos, o que possibilita a utilização do permissivo contido no art. 32, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Com efeito, o apelo da Fazenda Nacional foi recepcionado como Recurso Especial pelo inciso I do citado Regimento, conforme Despacho nº 102-0.142/2005 (fls. 192, terceiro parágrafo). Nesse passo, a contribuinte alega que não teria havido

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

prequestionamento, entendendo que o acórdão recorrido não teria contrariado a Lei Complementar nº 118, de 2005, citada pela Fazenda Nacional em sua peça recursal.

Quanto à alegada ausência de prequestionamento, importa salientar que, em se tratando de decadência, o que está em foco é o conjunto de normas gerais de direito tributário, e não há dúvida de que este é o tema em torno do qual gravitam tanto o acórdão recorrido como o Recurso Especial da Fazenda Nacional. No que tange ao argumento de que o acórdão recorrido não teria contrariado a Lei Complementar nº 118, de 2005, tal discussão faz parte do mérito do Recurso Especial, portanto é de competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, revelando-se impertinente o seu deslocamento para o juízo de admissibilidade.

Assim sendo, conclui-se que não há óbice ao conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, mantendo-se a decisão esposada no Despacho de Admissibilidade nº 102-0.142/2005 (fls. 192 a 194).

No acórdão recorrido, por maioria de votos, afastou-se a decadência considerando-se como *dies a quo* do prazo decadencial a data de publicação da Instrução Normativa SRF nº 63, de 1997, em 25/07/1997, que teve por base a Resolução do Senado Federal nº 82/1996, publicada em 19/11/1996, emitida em função de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso. No mérito, por unanimidade, deu-se provimento parcial ao recurso.

A Fazenda Nacional, por sua vez, entende que deve ser mantida a declaração de decadência do direito ao pleito de restituição, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, defendendo que a contagem do respectivo prazo deve seguir a regra dos artigos 165 e 168 do CTN, corroborada pela Lei Complementar nº 118, de 2005.

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: 



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

(...)

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

(...)

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

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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.

Assim, na situação em tela, uma vez que os créditos tributários mais recentes foram extintos pelo pagamento em de 1989 a 1992 (art. 156, inciso I, do CTN), o direito de pleitear a respectiva restituição, na melhor das hipóteses, decaiu em 1997. Obviamente, o presente pedido de restituição, protocolado que foi em 14/11/2001, encontra-se inexoravelmente atingido pela decadência. Ressalte-se que, 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, os pagamentos relativos aos anos-calendário de 1989 a 1991 estariam também atingidos pela decadência.

Recapitulando, a tese defendida no acórdão recorrido 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 teriam sido 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.



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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).

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

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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)

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.

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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 exercer o direito de ação ainda não desconstituído pela ação do tempo no direito.

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.

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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.

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: 



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

"Certifico que a egrégia 1ª Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:
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." (Agravos Regimentais em Recurso Especial 591.541, Relator Ministro José Delgado, 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

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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.”

Gil *peel*

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

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 os recolhimentos relativos aos anos-calendário de 1989, 1990 e 1991 teriam sido abarcados pela decadência.

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 JURISDICCIONAL. 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.

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



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

Cabe esclarecer que a tese dos “cinco mais cinco”, defendida pelo STJ para os lançamentos por homologação, não está sendo adotada por esta Conselheira, tampouco encontra amparo nos Conselhos de Contribuintes, como demonstra a ementa a seguir transcrita, representativa da maciça jurisprudência deste Colegiado, mesmo nos casos de exigência de crédito tributário, em que os dez anos só viriam a favorecer a Fazenda Nacional:

“IRPJ - TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - DECADÊNCIA - OCORRÊNCIA - O imposto de renda pessoa jurídica se submete ao lançamento por homologação, eis que é de iniciativa do contribuinte a atividade de determinar a obrigação tributária, a matéria tributável, o cálculo do imposto e pagamento do quantum devido, independente de notificação, sob condição resolutória de ulterior homologação. Como o lançamento foi efetuado em 21/12/98, procede a decadência argüida em relação ao período de junho de 1992, pois o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, a teor do disposto no art. 150, par. 4º, do CTN, expira após cinco anos contados da data da ocorrência do fato gerador.” (Acórdão 107-06.490, de 06/12/2001, Relator Conselheiro Natanael Martins)

Entretanto, se por questão de coerência, aqui se adotasse por inteiro a tese do STJ – prazo de “cinco mais cinco” anos a contar do pagamento do tributo, em qualquer caso, inclusive de inconstitucionalidade – o interessado não teria direito à restituição do ILL recolhido em 1989, 1990 e 1991, já que os pagamentos anteriores a 14/11/1991 já estariam alcançados pela decadência.

Destarte, configura-se situação em que o entendimento do Poder Judiciário está sendo mais rigoroso que o da esfera administrativa. Nesse passo, a reflexão a ser feita é no sentido de que, caso ocorresse o inverso, o contribuinte teria a opção de buscar a via judicial. Entretanto, dada a definitividade da decisão administrativa, a Fazenda Nacional não dispõe dessa prerrogativa, o que acentua a situação de desequilíbrio em que se encontra: seus atos não estão acobertados pelo manto da segurança jurídica, mas sim sujeitos à imprescritibilidade, e lhe é vedado buscar recuperar esse direito na via judicial. Acrescente-

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

se que, no contexto da nova ordem social inaugurada Pela Constituição Cidadã de 1988, o princípio do interesse público deve prevalecer sobre o interesse dos particulares.

Diante do exposto, seguindo a linha que sempre tenho adotado em casos semelhantes, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, mantendo a decadência do direito de pleitear a restituição.

Sala das Sessões - DF, em 13 de dezembro de 2006.


MARIA HELENA COTTA CARDOZO


VOTO VENCEDOR

Conselheiro REMIS ALMEIDA ESTOL, Redator-designado

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade, devendo, portanto, ser conhecido.

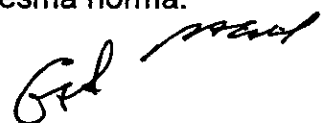
A questão em discussão nestes autos reside em saber se o contribuinte recorrido exerceu seu direito de pedir restituição dos valores recolhidos a título de imposto de renda retido na fonte nos termos do art. 35, da Lei n.º. 7.713/88, dentro do prazo previsto na legislação tributária.

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento sustentou a tese de que o prazo termina em 5 anos a contar da data da extinção do crédito tributário e, como entre a data do pedido, em 14.11.2001, e as datas do pagamento do tributo, ocorridas de 1989 a 1992, já haviam transcorrido os 5 anos, foi indeferido o pedido.

Decidiu a Câmara recorrida que o termo inicial da decadência é contado da publicação da Resolução n.º 82/96, do Senado Federal.

Sustenta a Fazenda Nacional que o prazo decadencial se conta a partir do pagamento indevido, enquanto que o contribuinte afirma que o prazo seria de cinco anos, contados a partir da publicação da Resolução do Senado Federal n.º. 82/96.

De fato, as decisões do STF traduzidas no controle da constitucionalidade de leis somente se aplicam a todos os contribuintes se decididas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade. É que neste caso, o controle concentrado, como o próprio nome diz, tem por objetivo evitar diversas decisões esparsas sobre uma mesma norma.



Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

Mas, por outro lado, não se pode esquecer que nos casos de controle difuso, desde que haja superveniente Resolução do Senado Federal suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da Constituição Federal), a referida decisão passa a ter eficácia *erga omnes*.

É o que ocorreu no caso do art. 35, da Lei n. 7.713/88. Após o julgamento do STF, o Senado Federal expediu a Resolução n. 82, de 18 de novembro de 1996, suspendendo parcialmente a execução do dispositivo enfocado.

Por tal razão, somente a partir da publicação da aludida Resolução, em 19 de novembro de 1996, ficaram caracterizados eventuais pagamentos indevidos.

Assim, alinhado a farta jurisprudência deste Conselho como sendo esta data, 19/11/1996, o termo inicial para a apresentação do pedido de restituição e, considerando que o requerimento foi apresentado em 14 de novembro de 2001, não há que se falar em decadência.

Por fim, também não merecem guarida as alegações da i. Procuradoria quando afirma que a Lei Complementar n.º. 118, em seu artigo 3º, teria espancado todas as dúvidas quanto ao prazo de restituição dos créditos tributários em impostos por homologação, ou seja, de 05 anos a partir do pagamento.

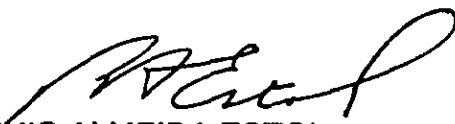
Não bastasse, é certo que a referida Lei Complementar não pode ser aplicada a casos de Declaração de Inconstitucionalidade de lei.

Ademais, a retroatividade pretendida por ser a LC n.º 118 considerada "Lei Interpretativa", não é possível, eis que o dispositivo que dispõe sobre restituição de tributos, desde a edição do CTN, em 1966, sempre teve a mesma interpretação (regra geral: pagamento do tributo), sendo a restituição para casos de declaração de inconstitucionalidade, exceção à regra.

Processo nº. : 10882.002061/2001-76
Acórdão nº. : CSRF/04-00.460

Com essas considerações e na linha da reiterada jurisprudência deste Conselho, encaminho meu voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso especial interposto pela douta Procuradoria da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões - DF, em 13 de dezembro de 2006


REMIS ALMEIDA ESTOL
