



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Recurso n.º : 301-126846
Matéria : FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 1ª CÂMARA DO TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : INDÚSTRIAS COLIN S/A.
Sessão de : 13 de fevereiro de 2007
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

FINSOCIAL. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. É entendimento deste Colegiado que o prazo para pleitear a restituição dos valores pagos a título de Contribuição para o Finsocial com alíquotas superiores a 0,5% é de cinco anos contados da data da edição da MP nº 1.110, em 31/08/95. Ressalvada a posição desta Relatora, ao entender que somente os pleitos protocolados até a edição do Ato Declaratório SRF nº 96, em 30/11/99, que alterou o entendimento contido no Parecer COSIT nº 58, de 27/10/98, devem ser considerados tempestivos.

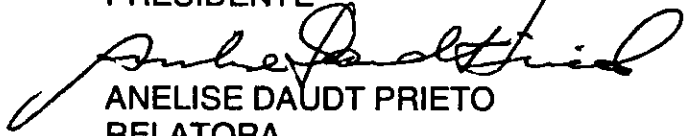
PAF. Posto que a sentença da 1ª instância foi reformada por aquele acórdão no que concerne à prescrição, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve a autoridade julgadora de primeiro grau pronunciar-se em relação à única matéria de mérito impugnada, qual seja, os índices de correção adotados pela DRJ.

Recurso especial negado.

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

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


MANOEL ANTONIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


ANELISE DAUDT PRIETO
RELATORA

FORMALIZADO EM: 04 MAI 2007

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: OTACÍLIO DANTAS CARTAXO, CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, CORINTHO OLIVEIRA MACHADO (Substituto Convocado), LUÍS ANTONIO FLORA, NILTON LUIZ BARTOLI e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JUNIOR.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

Recurso n.º : 301-126846
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Interessada : INDÚSTRIAS COLIN S/A.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de restituição/compensação (fls. 1/4), formalizado pelo contribuinte em 29/10/1998, relativo a indébito de Finsocial no valor de R\$178.880,91. Os valores recolhidos indevidamente, entre out/89 e abr/92, referem-se a alíquotas superiores a 0,5%, posteriormente declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Além do pedido de restituição/compensação, pleiteou também a recorrente a aplicação integral do índice IPC/90 nos cálculos da atualização do crédito.

Em seu Despacho Decisório SASIT nº 229/99 (fls. 132/134), a DRF/Joinville acolheu parcialmente o pedido, definindo restituição no valor de R\$96.942,16 mais juros SELIC a partir de 1º de janeiro de 1996 e autorizando a compensação. A decisão expedida, no entanto, utilizou valores da UFIR da data do vencimento e não do efetivo pagamento. Atendendo ao pedido de reconsideração formulado pelo contribuinte, elaborou a DRF o novo Despacho Decisório nº 295/99 (fls. 147/149), anulando o Despacho Decisório nº 229/99 devido a erro material, deferindo a restituição no valor de R\$97.283,90, acrescido de juros SELIC a partir de 1º de janeiro de 1996 e autorizando a compensação solicitada, mediante a seguinte ementa:

“FINSOCIAL. Recolhimentos efetuados entre outubro de 1989 e abril de 1992 com alíquotas majoradas. Restituição.

É cabível a restituição pela via administrativa, a requerimento do contribuinte, dos valores recolhidos com alíquotas superiores à de 0,5%.

FINSOCIAL. Recolhimentos efetuados entre outubro de 1989 e abril de 1992 com alíquotas majoradas. Compensação com outros débitos do próprio contribuinte.

É cabível a compensação de crédito originário de recolhimentos a maior que o devido a título de FINSOCIAL com outros débitos do próprio contribuinte, em havendo manifestação dele com esta finalidade.”

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão nº : CSRF/03-05.283

A recorrente apresentou, então, Manifestação de Inconformidade (fls.150/152) solicitando a restituição do indébito nos termos do pedido inicial, com a utilização dos percentuais integrais do IPC para março, abril e maio de 1990, que eram reconhecidos pelo Conselho de Contribuintes.

A DRJ/Florianópolis exarou a decisão de fls. 159/163, por meio da qual indeferiu a solicitação do contribuinte e reformou a decisão da DRF que havia deferido em parte o pedido de restituição/compensação, determinando também a adoção das medidas necessárias para reverter eventuais efeitos que já houvessem sido produzidos por ela. Em sua decisão, a DRJ defendeu que, apesar de caber manifestação apenas quanto àquilo que foi solicitado pelo recorrente, certas matérias deveriam ser levantadas *ex officio* pelo juiz ou pelo julgador administrativo. Por esse pressuposto de que a decadência deveria ser declarada de ofício e, além disso, por considerar que o prazo decadencial para repetição de indébito seria de cinco anos contados da data do recolhimento indevido, deveria ser reformada a decisão exarada pela DRF, indeferindo integralmente o pedido de restituição/compensação, conforme se vê pela ementa:

“PEDIDO DE RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL – O direito de pleitear a restituição ou compensação extingue-se com o decurso do prazo prescricional de cinco anos, contado da data do pagamento indevido.”

Em resposta, a contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 168/170) ao Conselho de Contribuintes alegando equívoco na decisão da DRJ por duas razões. A primeira delas seria a decisão *in pejus* e a segunda a declaração *ex officio* da decadência. Explica o recurso voluntário que a decadência não poderia ser

declarada por já ter a contribuinte exercido o direito anteriormente. Conforme documentação apresentada às fls. 171/173, alega o recorrente que os recolhimentos indevidos de Finsocial, ocorridos entre out/89 e abr/92, já haviam sido anteriormente compensados em parte com débitos do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, no valor de 14.139,39 Ufir. Com essa compensação, o direito teria sido exercido dentro do prazo decadencial de cinco anos. A SRF, no entanto, enviou à empresa um DARF referente ao valor de IRPJ que não havia sido recolhido, por ter sido compensado com o indébito do Finsocial. A contribuinte se apresentou à Delegacia da SRF para esclarecer o débito e acreditou que havia sanado o problema, quando na verdade o débito foi

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

enviado à Procuradoria da Fazenda Nacional e teve início um procedimento de cobrança indevido. Em novembro de 1998 a contribuinte, instruída pela DRF/Joinville e em face a modificações na legislação tributária referente a compensações, apresentou pedido de restituição/compensação concernente ao mesmo fato, ou seja, ao mesmo valor que já havia sido compensado com IRPJ e que se tornara objeto de um DARF em 1994, fato este que a contribuinte alega ter ocorrido *ex officio*.

A Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário nos termos da seguinte ementa:

“FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. INDÉBITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. INCLUSÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO DE ÍNDICES ESTABELECIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO.

COMPENSAÇÃO.

A compensação de créditos tributários é possível, nos termos dos arts. 170 do CTN e 66 da Lei 8.383/91.

DECADÊNCIA.

Em se tratando de direito à restituição/compensação de tributo e contribuição federal pago ou recolhido antecipadamente, portanto, do exercício pleno do direito subjetivo, não há que se falar em decadência.

EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO DE ÍNDICES ESTABELECIDOS PELO PODER JUDICIÁRIO.

A atualização monetária dos valores relativos à repetição do indébito deve ser feita de acordo com os índices aplicados pelo

Poder Judiciário, conforme orientação pacífica da jurisprudência, consolidados no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 242, de 03/07/2001, do Conselho da Justiça Federal, devendo se inserir, pois, na Norma de Execução Conjunta COSIT/COSAR nº 08/97, os expurgos nela não contidos. Acórdão nº 107-06.568.”

O acórdão exarado pela Câmara foi objeto de embargos de declaração interpostos pela Procuradoria da Fazenda Nacional, por verificação de contradição. Alegam os embargos que a decisão da DRJ analisou apenas a questão relativa à decadência, enquanto o acórdão embargado, além de afastar a decadência, decidiu sobre o mérito da questão, definindo os expurgos que deveriam ser utilizados e, por conseguinte, levando à supressão de instância.



Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

Os embargos de declaração foram acolhidos e foi rerratificado o acórdão, cuja ementa transcrevo.

“FINSOCIAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

É direito do contribuinte, segundo as normas que regem o PAF, ver apreciada as questões em duas instâncias administrativas. Não tendo sido a matéria analisada pela autoridade julgadora de Primeira Instância, devolvem-se os autos para saneamento de tal omissão.

EMBARGOS ACOLHIDOS E PROVIDOS POR UNANIMIDADE.

(...)

DECIDEM os Membros da Primeira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher e dar provimento aos embargos de declaração, para retificar o Acórdão n.º 301-30.691, a fim de excluir do seu conteúdo a apreciação do mérito da questão e ratificar o disposto quanto ao prazo para pleitear a restituição, devolvendo-se o processo à DRJ para apreciação do mérito(...).”

O acórdão retificado foi, então, objeto de recurso especial de divergência interposto pela Fazenda Nacional com fundamento no artigo, 5º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em face de julgamento que, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso voluntário para afastar a decadência do pedido de restituição da Contribuição para o Finsocial e

determinou a devolução do processo à DRJ para julgamento dos demais questões de mérito.

Aduz a douda Procuradoria existir divergência entre o julgado em tela e o Acórdão 302-35782, de 15/10/2003, que traz o entendimento de que o direito de pleitear a restituição do Finsocial extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Socorre-se do disposto no CTN, artigos 165 e 168, inciso I, bem como da interpretação dada pelo Ato Declaratório SRF n.º 96/1999, que teria caráter vinculante para a Administração Tributária a partir de sua publicação, conforme previsto nos artigos 100, I e 103, II, do CTN, sob pena de responsabilidade funcional.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

Alega que a constitucionalidade ou ilegalidade da norma somente poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário, não cabendo a sua discussão na esfera administrativa.

Acrescenta que a aplicação dos dispositivos do CTN já citados conjugada com o fato de o mesmo Código, em seu artigo 156, inciso I, estabelecer que o pagamento é modalidade de extinção do crédito tributário, leva à conclusão de que o pleito não poderia ter sido deferido.

Afirma ainda que não há nada a justificar a adoção da data da edição da MP nº 1.621-36/98 como termo inicial para contagem do prazo em tela. Isto porque no dia seguinte ao do recolhimento do tributo o contribuinte já poderia ter buscado a tutela do Poder Judiciário para pleitear a restituição dos valores, não tendo que aguardar a decisão da Suprema Corte para tal fim, já que no Brasil é também admitido o controle constitucional difuso, que se caracteriza pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal de realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Concluindo, requer a cassação do acórdão recorrido.

O Ilustre Presidente da Câmara recorrida entendeu estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e deu seguimento ao recurso especial.

No que concerne ao recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional, a empresa apresentou as contra-razões de fls. 246/247, defendendo que o direito em discussão não poderia ter decaído, uma vez que foi exercido no passado, dentro do prazo de cinco anos contados do período de apuração do tributo. Explica ainda que a única questão a ser discutida é a correção monetária.

Quanto ao acórdão retificado pela Câmara, a contribuinte apresentou o recurso especial de fls. 248/249, por meio do qual requer que, em homenagem ao princípio da economia processual, a Câmara recorrida restaure o acórdão inicialmente exarado para que se encerre a questão no sentido da jurisprudência administrativa e judiciária no que se refere à correção monetária.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

O recurso especial da Fazenda Nacional chegou a entrar em pauta para julgamento pela Câmara Superior, mas, em atendimento ao despacho de fl. 253, foi remetido ao Presidente da Câmara recorrida para que procedesse ao juízo de admissibilidade deste último recurso, ao qual foi negado seguimento.

É o relatório.

Two handwritten signatures in black ink. The first signature is stylized and appears to be 'AOP'. The second signature is also stylized and appears to be 'GIL'.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

VOTO

Conselheira ANELISE DAUDT PRIETO, Relatora.

Verifica-se, neste processo, que a DRF entendeu pela procedência do pleito de restituição/compensação, limitando, entretanto, os índices de correção. Entretanto, a DRJ, *ex officio*, declarou a prescrição do pedido.

Ora, salta aos olhos que ocorreu um equívoco já desde a decisão de primeiro grau. Com efeito, a DRJ não poderia ter decretado a prescrição do direito da contribuinte. Não resta dúvida de que prescrição deve ser declarada de ofício. Ocorre que, neste caso, a lide se instaurou tão somente no que concerne aos índices de correção monetária. A questão da prescrição não poderia ter sido levantada nem mesmo de ofício, eis que não fazia parte da lide. Ademais, não é admitido, em direito processual, a ocorrência, como no presente caso, de *reformatio in pejus*.

Agora o recurso especial da PFN versa tão somente sobre a questão da prescrição, que não é objeto da lide. De sua parte, a empresa se socorre do princípio da economia processual para apelar no sentido de que se julgue favoravelmente quanto aos expurgos. Entretanto, não apresenta paradigma e, conseqüentemente, seu recurso não pode ser conhecido.

Mas também não pode ser olvidado que existe uma nulidade no processo desde a decisão de primeiro grau.

Porém, em homenagem ao princípio da economia processual e considerando que, quanto à prescrição, a Câmara posiciona-se, em casos como este, no sentido de negar provimento ao recurso especial, deixo de proclamar a nulidade e julgo a questão da prescrição. Ressalto não ser possível a Turma abordar a questão dos expurgos porque estaria ocorrendo supressão de instância.

DA LEI 10.522/2002 E DO PARECER COSIT 58/1998

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

Importa, para o presente caso, ser abordado o disposto na Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, art. 18, inciso III e parágrafo 3.º.¹

O Parecer COSIT n.º 58, de 27/10/1998, demonstra bem como veio sendo tratada pelas sucessivas edições de medidas provisórias finalmente convalidadas pela lei supra citada a questão da restituição de alguns tributos, entre os quais a Contribuição ao Fundo de Investimento Social – FINSOCIAL, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas na alíquota superior a zero vírgula cinco por cento.

Inicia a exposição pelo art. 18, § 2º, da Medida Provisória n.º 1.699-40/1998, que dispôs:

“Art. 18 - Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente:

(...)

§ 2º O disposto neste artigo não implicará restituição “*ex officio*” de quantias pagas.”

Prossegue explicando que:

“15. O citado artigo consta da MP que dispõe sobre o CADIN desde a sua primeira edição, em 30/08/95 (MP n.º 1.110/1995, art. 17), tendo havido, desde então, três alterações em sua redação.

15.1 Duas das alterações incluíram os incisos VIII (MP n.º 1.244, de 14/12/95) e IX (MP n.º 1.490-15, de 31/10/96) entre as hipóteses de que trata o *caput*.

16. A terceira alteração, ocorrida em 10/06/1998 (MP n.º 1.621-36), acrescentou ao § 2º a expressão “*ex officio*”. Essa mudança, numa primeira leitura, poderia levar ao entendimento de que, só a partir de então, poderia ser procedida a restituição, quando requerida pelo contribuinte; antes disso, o interessado que se sentisse prejudicado teria que ingressar com uma ação de repetição de indébito junto ao Poder Judiciário.

¹Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) III - à contribuição ao Fundo de Investimento Social – Finsocial, exigida das empresas exclusivamente vendedoras de mercadorias e mistas, com fundamento no art. 9º da Lei no 7.689, de 1988, na alíquota superior a 0,5% (cinco décimos por cento), conforme Leis nos 7.787, de 30 de junho de 1989, 7.894, de 24 de novembro de 1989, e 8.147, de 28 de dezembro de 1990, acrescida do adicional de 0,1% (um décimo por cento) sobre os fatos geradores relativos ao exercício de 1988, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei no 2.397, de 21 de dezembro de 1987; (...) § 3º O disposto neste artigo não implicará restituição *ex officio* de quantia paga.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

16.1 Salienta-se que, nos termos da Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), art. 1.º, § 4.º, as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

17. Entretanto, conforme consta da Exposição de Motivos que acompanhou a proposta de alteração, o disposto no § 2.º "consiste em norma a ser observada pela Administração Tributária, pois esta não pode proceder *ex officio*, até por impossibilidade material e insuficiência de informações, eventual restituição devida". O acréscimo da expressão *ex officio* visou, portanto, tão-somente, dar mais clareza e precisão à norma, pois os contribuintes já faziam jus à restituição antes disso; não criou fato novo, situação nova, razão pela qual não há que se falar em lei nova.

18. Logo, os delegados/inspetores da Receita Federal também estão autorizados a proceder à restituição/compensação nos casos expressamente previstos na MP nº 1.699/1998. art. 18, antes mesmo que fosse incluída a expressão "*ex officio*" ao § 2.º."

Concordo com tal interpretação. Porém, dirijo da conclusão exarada naquele parecer sobre o termo inicial para a contagem do prazo prescricional do pedido de restituição, *verbis*:

"d) os valores pagos indevidamente a título de Finsocial pelas empresas vendedoras de mercadorias e mistas - MP nº 1.699-40/1998, art. 18, inciso III - podem ser objeto de pedido de restituição/compensação desde a edição da MP nº 1.110/1995, devendo ser observado o prazo decadencial de 5 (cinco anos);"

Isto porque entendo que o referido termo *a quo* é a data da extinção do crédito tributário, conforme exponho a seguir.

DO PRAZO PARA SOLICITAR A RESTITUIÇÃO

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional exarou o Parecer PGFN/CAT nº 1.538/99, defendendo que o prazo para pleitear a restituição de tributos com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário rege-se pelo art. 168 do CTN e extingue-se decorridos cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 165 do mesmo Código.

Os fundamentos que dele constam se ajustam perfeitamente ao caso, motivo pelo qual tomo a liberdade de transcrevê-los, adotando-os:

"9. Por primeiro, abre-se um parêntese, para observar, como já o fizera o PARECER PGFN/CAT/Nº 550/99, que o Decreto nº 2.346, de 10.10.97, cujas regras vinculam toda a Administração Pública Federal, determina que decisões da espécie, proferidas pelo STF, só alcançam os atos que ainda sejam passíveis de revisão:

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

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

10. Esse mandamento aplica-se, inclusive, aos casos em que a inconstitucionalidade da lei seja proferida, *incidenter tantum*, pelo STF e haja suspensão de sua execução por ato do Senado Federal, por força do que dispõe o § 2º do mesmo art. 1º. Destarte, ainda que não se concorde com a linha doutrinária adotada pelo ato do Chefe do Poder Executivo, não há como afastar-se de duas assertivas inexoráveis: uma, que, para a administração pública federal, a decisão do STF declaratória de inconstitucionalidade é dotada de efeito *ex tunc*; outra, **que tal efeito só será pleno se o ato praticado pela Administração Pública ou pelo administrado, com base nessa norma, ainda for suscetível de revisão administrativa ou judicial.**

11. Representa isto dizer que, na esfera administrativa, o Decreto só admite revisão daquilo que, nos termos da legislação regente, ainda seja passível de modificação, isto é, quando não tenha ocorrido, por exemplo, a prescrição ou a decadência do direito alcançado pelo ato ou mesmo quando seja impossível, por qualquer razão fática ou jurídica, a reversão da situação ao *status quo ante*. Não obstante tal conclusão, é de se examinar a questão sob a ótica das retrocitadas decisões judiciais.

12. Com efeito, assiste razão à COSIT, quando se preocupa com o desfecho de situação desta natureza em que a PGFN propugna por uma tese que não encontra respaldo em Tribunais Federais. Efetivamente, isto é relevante, haja vista precedentes em que este órgão se debateu contra teses encampadas por esses Tribunais e depois, por conta de repetidos insucessos, viu-se compelido a desistir de demandas judiciais, mediante autorização do Senhor Procurador-Geral. Mas também não é menos verdade que, em inúmeras outras questões, a Fazenda Nacional foi derrotada nessas mesmas Cortes de Justiça e conseguiu reverter a situação no Supremo Tribunal Federal.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

13. Os arts. 165 e 168 do CTN, que tratam, especificamente, dos aspectos que interessam a este trabalho, determinam, *in litteris*:

"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 § 4 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 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.

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

I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da 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. (o destaque não consta da norma).

14. Em princípio, não haveria razão para questionamentos, dada a clareza dos dispositivos legais. A cobrança ou o pagamento de tributo indevido confere ao contribuinte direito à restituição, e esse direito extingue-se no prazo de cinco anos, contados "*da data da extinção do crédito tributário*", que se verifica por uma das hipóteses do art. 156 do CTN. Como esse Código, norma com status de lei complementar, não prevê tratamento diferente em virtude dessa ou daquela hipótese, é de se concluir que a decadência opera-se, peremptoriamente, com o término do prazo retrocitado, independentemente da situação jurídica que envolveu a extinção. Não importa se lei que serviu de amparo à exigência foi posteriormente declarada inconstitucional, porque as relações que se concretizaram sob sua égide só poderão ser desfeitas se não houver expirado o prazo para a revisão.

15. O Ministro Pádua Ribeiro, do ST J, no voto proferido quando do julgamento do REsp nº 44.221/PR, revela uma das premissas que serviu de fulcro à tese encampada pelo Tribunal, de que o prazo decadencial, no caso de lei declarada inconstitucional, inicia-se com a publicação do respectivo acórdão:

"... 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 de

contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional. "

16. As conseqüências desastrosas para a segurança jurídica, impostas por tal interpretação, conduzem à certeza da conveniência de se manter a tese de que o início do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, seja por aplicação inadequada da lei, seja por inconstitucionalidade desta, ocorre no prazo de cinco anos, contados da data da ocorrência de uma das hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 165 do CTN, como determina o art. 168 do mesmo Código.

17. É necessário ressaltar, a propósito, que o princípio da segurança jurídica não se aplica apenas ao administrado; também a Administração Pública -cuja observância da lei é imperiosa, até mesmo no exercício do poder discricionário (CF, art. 37, *caput*) -, é amparada por tal princípio, sob pena de se instalar o caos no serviço público por ela prestado. Com efeito, a incerteza, quanto à sustentabilidade jurídica de seus atos, conduziria a Administração a um estado de insegurança que a inviabilizaria totalmente.

18. A prosperar a tese adotada pelos retrocitados Tribunais federais, será possível imaginar contribuintes reivindicando restituição cinquenta, sessenta ou até mais anos depois de pago o tributo. Isto pode parecer absurdo, mas basta que uma lei inconstitucional permaneça inatacada por alguns anos, até que um contribuinte mais atento venha argüir, em ação judicial, a sua inconstitucionalidade. Como demandas dessa natureza podem demorar vários anos, é perfeitamente plausível que se concretize a situação de, décadas depois, o Estado ter de restituir tributo pago sob lei declarada inconstitucional.

19. Não se venha alegar, em rebate, que a probabilidade de isto ocorrer é mínima, pois este não é um argumento jurídico. O que importa é que pode acontecer e tal possibilidade deve ser examinada juridicamente.

20. O que mais chama a atenção nesse entendimento do STJ e do TRF da 1ª Região é que ele decorre de simples construção teórica, desprovida de fulcro legal; não é fruto de um processo de integração ou de interpretação de normas, mas sim uma obra exegética, construída sem uma referência nítida no ordenamento jurídico pátrio.

21. Essa interpretação exagerada, que conduz a mandamentos que não se comportam na lei, efetivamente afasta desta o julgador. CARLOS MAXIMILIANO, em seu insuperável Hermenêutica e Aplicação do Direito, a propósito da postura hermenêutica do juiz, ensina, *in verbis*:

"Em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender, porém não alterar, corrigir, substituir. Pode melhorar o dispositivo, graças à interpretação larga e hábil; porém, não negar a lei, decidir o contrário do que a mesma estabelece. A jurisprudência desenvolve e aperfeiçoa o Direito, porém como que inconscientemente, com o intuito de o compreender e bem aplicar. Não cria, reconhece o que existe; não formula, descobre e revela o preceito em vigor e adaptável à espécie.

Examina o Código, perquirindo das circunstâncias culturais e psicológicas em que ele surgiu e se desenvolveu o seu espírito; faz a crítica dos dispositivos em face da ética e das ciências sociais; interpreta a regra com a preocupação de fazer prevalecer a justiça ideal (richtiges Recht); porém tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, proeter ou contra legem ".

22. A nosso ver, é equivocada a afirmativa de que *"Inexiste, portanto, dispositivo legal estabelecendo a prescrição para a ação do contribuinte, para haver tributo cobrado com base em lei que considere inconstitucional"*, pois isto representa, indubitavelmente, negar vigência ao CTN, que cuidou expressamente da matéria no art. 168 c/c art. 165. Com efeito, a leitura conjugada desses dispositivos conduz à conclusão única de que o direito ao contribuinte de pleitear a restituição de tributo extingue-se após cinco anos da ocorrência de uma das hipóteses referidas nos incisos I a III do art. 165.

23. A Constituição, em seu art. 146, III, "b", estabelece que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais sobre "prescrição e decadência" tributárias; portanto, a norma legal a ser observada nesta matéria é o CTN - cuja recepção pela Carta de 1988, com status de lei complementar, é pacífica na doutrina e na jurisprudência -, que fixou, indistintamente, o prazo de cinco anos para a decadência do direito de pedir restituição de tributo indevido, independentemente da razão ou da situação em que se deu pagamento. Se o legislador infraconstitucional, a quem compete dispor sobre a matéria, não diferenciou os prazos decadenciais, em função de o pagamento ser indevido por erro na aplicação da norma imponível ou por inconstitucionalidade desta, ao intérprete é negado fazer tal diferença, por simples exercício de hermenêutica.

24. **ALIOMAR BALEEIRO**, do alto de sua sapiência, já consignara que a restituição do tributo rege-se pelo CTN, independentemente da razão pela qual o pagamento se tornou indevido, *"seja inconstitucionalidade, seja ilegalidade do tributo"*, e que *"Os tributos resultantes de inconstitucionalidade, ou de ato ilegal e arbitrário, são os casos mais frequentes de aplicação do inciso I, do art. 165"* (in Dir. Trib. Bras. 10ª ed., rev. e atual, 1991, Forense, pag. 563).

25. Ora, se existe norma legal dispondo sobre a matéria, não tem cabimento o juiz negar-lhe vigência para, assumindo indevidamente a função legislativa, atribuir-se o papel de legislador positivo. As respeitáveis decisões dos retrocitados Tribunais federais, portanto, carecem de amparo jurídico, porque desconhecem a existência do mandamento legal para com isto desrespeitá-lo em sua inteireza.

26. É verdade que tal entendimento encontra apoio em respeitável corrente doutrinária que entende não haver direito a ser pleiteado administrativamente, antes da declaração de inconstitucionalidade. A propósito, vale transcrever texto da lavra do tributarista Hugo de Brito Machado:

"Tenho sustentado, e constitui entendimento pacífico no âmbito da Administração Tributária Federal, que a autoridade administrativa não tem competência para dizer da inconstitucionalidade das leis. Inúmeras, reiteradas e uniformes manifestações dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda o atestam. Assim, sendo o pedido de restituição fundado na inconstitucionalidade da lei tributária, entendo que não há direito a ser pleiteado administrativamente. Não se pode cogitar da incidência do art. 168, inciso I, do CTN. Inexistente o direito, não se pode cogitar de sua extinção.

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 STF, em ação direta. Ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Esta é a lição de Ricardo Lobo Torres, que ensina:

"Na declaração de inconstitucionalidade da lei a decadência ocorre depois de cinco anos da data do 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).

Tem, é certo, o contribuinte, ação para pedir, perante o Judiciário, a restituição, tendo como fundamento a inconstitucionalidade da lei tributária, mas no que concerne a esta não existe prescrição. A interpretação conjunta dos artigos 168 e 169, do CTN, 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 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"

27. Com todo respeito ao ilustre tributarista, por quem nutrimos especial admiração, não se pode concordar com sua tese, pois ela ao mesmo tempo em que afirma que o *"direito de pleitear a restituição, perante a autoridade administrativa... somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade"*, conclui que não existe dispositivo legal tratando da matéria e que os arts. 168 e 169 do CTN não se aplicam ao caso. Ora, a Administração Pública rege-se pelo princípio da estrita legalidade (CF, art. 37, *caput*), portanto, se inexistente lei fixando o direito à restituição do tributo pago com base em lei declarada inconstitucional, já que o CTN não reteria matéria, seria imperioso admitir que ela (a Administração) não poderia restituir o tributo. O contribuinte teria, impreterivelmente, de intentar a ação judicial para pleitear o seu direito.

28. Ou, por uma outra ótica, admitido o direito à restituição, o contribuinte poderia pleiteá-la a qualquer tempo, já que não há disposição legal fixando os prazos decadenciais ou prescricionais, para o exercício deste direito. Também é de se questionar onde estaria fixado o prazo de cinco anos apontado pelo ilustre

Ricardo L. Torres. Se o art. 168 do CTN não se aplica ao caso, seu prazo quinquenal também não serve para marcar a extinção do direito de pedir restituição com base na declaração de inconstitucionalidade. Enfim, são detalhes que, no mínimo, demonstram que a tese abraçada por essa corrente doutrinária também possui pontos vulneráveis a críticas.

29. Também inexistente, no direito positivo brasileiro, disposição expressa que atribua às decisões do STF, proferidas em ADIn, ou às resoluções do Senado, o efeito de desfazer situações jurídicas ou fáticas que se realizaram, inteiramente, sob a égide da lei inconstitucional, cujos direitos de pleitear ou de ação tenham seus prazos, decadenciais ou prescricionais, já extintos, nos termos da legislação aplicável. Existe apenas, como já se disse nos itens 5 a 8, o Decreto n.º 2.346/97, que, pelo menos no âmbito da administração pública federal, atenua o efeito *ex tunc* de tais decisões ou resolução, ao impor a preservação de atos insuscetíveis de revisão administrativa ou judicial.

30. A linha interpretativa do STJ contraria, portanto, um dos princípios fundamentais do estado de direito, plenamente consagrado na Constituição da República, que é o da segurança jurídica. Com efeito, permitir sejam revistas situações jurídicas plenamente consolidadas durante a vigência de lei posteriormente declarada inconstitucional, mesmo após decorridos os prazos decadenciais ou prescricionais, é estabelecer o caos na sociedade. Sim, porque a tese teria de ser aplicada a todos indistintamente, e isto significa dizer, por exemplo, que um contrato celebrado entre particulares, sob a égide de uma lei inconstitucional, possa ser desconstituído ou anulado a qualquer tempo, se a lei sob a qual se amparou for declarada inconstitucional, ainda que decorrido o prazo extintivo do direito, estabelecido na legislação civil.

31. Outra situação absurda ocorreria quando uma lei que concedesse isenção fosse declarada inconstitucional. Neste caso, ainda que decorrido um século do fato gerador, a Administração poderá formalizar o crédito tributário e exigir do contribuinte o correspondente pagamento. Isto, indubitavelmente, jogaria por terra o princípio da segurança jurídica e submeteria o contribuinte isento à inadmissível situação de nunca saber se aquele benefício é definitivo ou se, a qualquer tempo, poderá a Administração vir em seu encalço, para exigir o tributo, se a lei que lhe exonerou do ônus for declarada inconstitucional.

(...)

33. Essa irretroatividade absoluta dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade contraria, inclusive, o entendimento adotado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no Recurso Extraordinário n.º 57.310-PB, de 1964, que já antecipara a moderação do efeito *ex tunc* da decisão que declara inconstitucional a lei, quando ressaltou as situações já alcançadas pelo prazo prescricional, *in verbis*:

"Recurso extraordinário não conhecido -A declaração de inconstitucionalidade da lei importa em tornar sem efeito tudo quanto se fez à sua sombra -Declarada inválida uma lei tributária, a consequência é a restituição das contribuições arrecadadas, salvo naturalmente as atingidas por prescrição". (destacamos).

ADP

FP

34. É preciso salientar, a esta altura, que não se nega o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, tese hoje defendida pela maioria dos doutrinadores. O que se argumenta é em torno da eficácia temporal dessa espécie de decisão sobre situações já consolidadas. No campo da abstração jurídica, esse efeito é absoluto, já que ataca a lei *ab initio*, e restaura a ordem jurídica, em sua plenitude, ao *status quo ante*. Todavia, quando aplicado ao exame do caso concreto, razões relevantes ao Direito, vinculadas notadamente ao princípio da segurança jurídica e ao próprio interesse público, impõem um abrandamento da eficácia desse efeito.

(...)

41. Dessume-se, pois, que a eficácia do efeito *ex tunc* das decisões que declaram leis inconstitucionais deve ser temperada, de forma a não causar transtornos pelo desfazimento de situações jurídicas já consolidadas e, algumas vezes, irreversíveis ou de reversibilidade extremamente danosa ao Estado e à sociedade. Não se trata de questionar-se a nulidade *ab initio* da norma inconstitucional, no campo abstrato da ciência jurídica, questão aceita pela grande maioria da doutrina; mas simplesmente de reconhecer que, examinado à luz de fatos concretos, torna-se imperioso o abrandamento do efeito retroativo, para que não se provoque lesão maior do que a causada pela norma inconstitucional.

42. Ressalte-se, ademais, que o entendimento vencedor no STJ e no TRF da 1ª Região não considerou o princípio da estrita legalidade que rege o sistema tributário nacional. O CTN, como aduzido acima, cuidou expressamente do prazo de extinção do direito de pleitear a restituição tributária - "*seja inconstitucionalidade, seja ilegalidade do tributo*", como ensinou ALIOMAR BALEEIRO -, destarte, qualquer solução que não observe o disposto no art. 165 c/c o art. 168, constituirá simples criação exegética, desprovida de qualquer amparo jurídico ou legal.

(...)

44. O interessante, também, no raciocínio que serve de fundamento à decisão dos Tribunais é que, por ele, o ato administrativo que exige ou recebe tributo indevido de forma contrária à lei, torna-se inatacável após decorrido o prazo estabelecido no CTN, enquanto o ato praticado sob a égide de lei inconstitucional não se consolida nunca, ainda que decorram décadas da sua prática, pois, se a qualquer tempo for declarada a inconstitucionalidade da norma, ressurgirá incólume o direito do contribuinte. Ora isto, efetivamente, não condiz com o Direito, que não patrocina relações que se perpetuam no tempo.

45. Enfim, por todos os argumentos acima despendidos, pelas lições de eminentes mestres do Direito, nacional e estrangeiro, e, notadamente, pela decisão do STF, no RE nº 57.310-PB, cujo acórdão encontra-se reproduzido no artigo 34 deste trabalho, temos a convicção de que é equivocada a jurisprudência que define as datas de publicação do acórdão do STF e da resolução do Senado Federal como marcos iniciais dos prazos decadencial ou prescricional do direito de pleitear a restituição de tributo pago com base em lei declarada inconstitucional.

ADP

GR

46. Por todo o exposto, são estas as conclusões do presente trabalho:

I -o entendimento de que 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, "h" 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;
(...)"

Estou de pleno acordo com tais razões. A meu ver, não há que se estabelecer termo inicial do prazo para pleitear a restituição que não seja a data da extinção do crédito tributário. A questão da prescrição deve ser interpretada à luz do que consta do CTN, com *status* de lei complementar, conforme exigido pela Carta Magna para o caso das normas relativas aos institutos da decadência e da prescrição.

Na Doutrina, corroborando a posição dos cinco anos a partir da extinção do crédito, pode ser citado o Professor Eurico Marcos Diniz de Santi:²

"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.

(...)

Acórdão em ADIN que declare a inconstitucionalidade de lei *ex tunc*³ retira a lei do sistema jurídico no presente, impedindo que produza efeitos no futuro,

² SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2000. P. 273/277).

³ A Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispondo sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, trouxe novas perspectivas para essa questão ao proclamar em seu Art. 27 que "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

mas não pode atingir os efeitos produzidos no passado, garantidos pela coisa julgada, pelo direito adquirido e pelo ato jurídico perfeito e consolidados pela decadência e pela prescrição.⁴

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 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.”

Como conclui a Conselheira Maria Cristina Roza da Costa em sua monografia final no Curso de Especialização em Direito Tributário Material e Processual, ESAF-UFPE, “A retirada da norma do mundo jurídico no presente em razão da declaração de

de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

⁴ Entendemos que o direito adquirido decorre do ato jurídico perfeito. Ambos, entretanto, sujeitam-se à alteração enquanto houver a possibilidade de controle da legalidade, restando consolidados somente após o fluxo dos prazos de decadência e de prescrição. Em suma, a decadência e a prescrição consolidam o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

inconstitucionalidade obsta a produção de seus efeitos para o futuro. Inadmissível que atinja os efeitos produzidos no passado, que tenham sido consolidados pela decadência e pela prescrição.”⁵

No dizer de Maria Helena Cotta Cardozo, em seu brilhante voto proferido quando ainda Conselheira da Segunda Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, que negou provimento ao recurso voluntário 129.095, relativo à restituição da cota café, “o efeito *ex tunc* de decisões do STF declarando a inconstitucionalidade de lei, ainda que em sede de ADIn, não é absoluto, encontrando limites nas hipóteses de prescrição e decadência, que efetivamente impedem a revisão administrativa ou judicial.”

Aliás, até mesmo o Superior Tribunal de Justiça, que já chegou a entender que, havendo decisões da Corte Maior envolvendo inconstitucionalidade, o termo inicial do prazo para o pleito de restituição seria a data de sua publicação, alterou seu posicionamento. Com efeito, em 24/03/2004, em julgado da Primeira Seção com Relatoria designada para o Ministro José Delgado, foi decidido, por maioria de votos, “não adotar o posicionamento de se contar o prazo prescricional a partir do trânsito em julgado da ADIn, no controle de constitucionalidade concentrado ou da Resolução do Senado, no controle difuso, para novamente adotar o que coloquialmente se conhece pela teoria dos “cinco mais cinco”. (Primeira Seção. EREsp 435.835-SC. Informativo STJ nº 203)

Conforme a teoria dos “cinco mais cinco”, aplicada a tributos cujo lançamento for por homologação, o termo inicial do prazo não é o “pagamento antecipado” e sim o momento da homologação expressa ou tácita do pagamento, já que somente aí ocorre a extinção do crédito. Como há normalmente a homologação tácita, cinco anos após o fato gerador (CTN, 150, par. 4º), contar-se-ia estes cinco anos e mais cinco a partir da data da extinção.

Entretanto, essa corrente é rechaçada até mesmo pela doutrina mais abalizada na matéria, como pode ser constatado pelo seguinte excerto da obra de Eurico Marcos Diniz de Santi⁶:

⁵ Publicada em Direito Tributário e Direito Administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 174.

⁶ Decadência e Prescrição em Direito Tributário. Max Limonad: São Paulo, 2.000. pp. 268/270.

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

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

Segundo, porque se interpretou o “sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento de forma equivocada, Mesmo desconsiderando a crítica de ALCIDES JORGE COSTA⁷, para quem “não faz sentido (...), ao cuidar do lançamento por homologação, pôr condição onde inexistente *negócio jurídico*”, pois “condição é modalidade de negócio jurídico e, portanto, inaplicável ao ato jurídico material” do pagamento, não se pode aceitar condição resolutiva como se fosse necessariamente uma condição suspensiva que retarda o efeito do pagamento para a data da homologação.⁸

A condição resolutiva não impede a plena eficácia do pagamento e, portanto, não descaracteriza a extinção do crédito no âmbito do pagamento. Assim sendo, enquanto a homologação não se realiza, vigora com plena eficácia o pagamento,⁹ a partir do qual podem exercer-se os direitos advindos desse ato, mas dentro dos prazos prescricionais.

Se o fundamento jurídico da tese dos dez anos é que a extinção do crédito tributário pressupõe a homologação, o direito de pleitear o débito do Fisco só surgiria ao final do prazo de homologação tácita, de modo que, se o contribuinte ficaria impedido de pleitear a restituição antes do prazo de cinco anos para homologação, tendo que aguardar a extinção do crédito pela homologação.”

Ademais, com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu considerar o prazo de 10 anos apenas para as ações de repetição/compensação ajuizadas até 09/06/2005, o que permite concluir que, a partir de então,

⁷ “Da extinção das obrigações tributárias, p. 95. Também é esta a argumentação de SACHA CALMON NAVARRO COELHO, Curso de direito tributário brasileiro, p. 699.”

⁸ “LUCIANO AMARO aponta a impropriedade técnica de o CTN dirigir a *homologação* como condição resolutiva: “Ora, os sinais aí estão trocados. Ou se deveria, prever como condição resolutória, a negativa de homologação (de tal sorte que, implementada essa negativa, a extinção restaria resolvida) ou teria de definir-se, como condição *suspensiva* a homologação (no sentido de que a extinção ficaria suspensa até o implemento da homologação). *Direito tributário brasileiro*, p. 344.”

⁹ “Nesse sentido, Min. DEMÓCRITO REINALDO, ao relatar os embargos de divergência em Resp nº 48.113-7/PR, averbou: “O lançamento, no caso, constitui mero ato declaratório de situação preexistente, preconstituída. E a homologação ficta (ou expressa) como instrumento declaratório, tem efeito retro-operante, ou, em outras palavras: tem efeitos *ex tunc*, alcança o ato do pagamento, declarando a sua eficácia, no momento em que a realizou”. Também julgou assim SÉRGIO NOJIRI: “Verifica-se, pois, que a extinção do crédito tributário se opera no momento do efetivo recolhimento do tributo, ainda que este tenha sido exigido ilegalmente. Neste sentido, o direito de pleitear a restituição está sujeito ao prazo de cinco anos (art. 168, CTN), a contar da data da extinção do crédito tributário, que é o da data do pagamento indevido. Contudo, por estar esse pagamento sob condição resolutória, seus efeitos se darão somente a partir do lançamento tributário (que no caso em apreço é ficto), nos termos do art. 150, § 4º (...). A meu ver, e este é o ponto crucial da questão, os efeitos deste lançamento ficto operam-se *ex tunc*. A homologação apenas reconhece o pagamento havido, declarando, com efeitos retroativos, a extinção do crédito

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

por força do disposto naquela norma, o lapso temporal passaria a ser de cinco anos, contados da data do pagamento antecipado a que se refere o parágrafo 1º do artigo 150 do CTN (Primeira Seção. EREsp 327.043-DF. Relator Ministro João Otávio de Noronha).

Não haveria o menor sentido esta Conselheira que, há anos manifesta sua convicção de que o prazo prescricional é de cinco anos contados da extinção do crédito, alterá-la quando o próprio STJ vem consolidando jurisprudência de que, qualquer que seja o motivo da restituição, o termo inicial é a data da extinção do crédito. Ainda mais considerando que a própria Lei Complementar n.º 118/95, em seu artigo 3º, estabeleceu que para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Ora, a norma se intitula expressamente interpretativa, o que redundaria na aplicação do disposto no artigo 106 do CTN, isto é, que tenha efeito retroativo. Como se assim não bastasse, o próprio artigo 4º da LC n.º 118/95 é explícito em relação a tal interpretação.

Em face do exposto, posiciono-me no sentido de que o prazo para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é, qualquer que seja o motivo da restituição, de cinco anos contados da data da extinção do crédito tributário.

DO PRAZO PARA SOLICITAR A RESTITUIÇÃO NO CASO DO FINSOCIAL

Como já visto, o Parecer COSIT n.º 58, de 27/10/98, vazou o entendimento de que, no caso da Contribuição para o Finsocial, o termo *a quo* para o pedido de restituição do valor pago com alíquota superior a 0,5% seria a data da edição da MP n.º 1.110, em 31/05/95.

Posteriormente, em decorrência do disposto no Parecer n.º 1538/99 da Procuradoria da Fazenda Nacional, a SRF alterou o posicionamento exarado no Parecer

tributário. Portanto, o prazo de restituição é de 5 anos, a contar do efetivo pagamento espontâneo do tributo indevido ou a maior", (Sentença, Autos n.º 96.0902460-2, Sorocaba, 2ª Vara da Justiça Federal, p. 9).

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

Normativo n.º 58, de 27/10/1998, por meio do Ato Declaratório SRF n.º 96, de 26 de novembro de 1999, publicado em 30/11/99.¹⁰

Em decorrência, e considerando ainda o disposto no artigo 2º, inciso XIII, da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999¹¹, devo fazer uma exceção ao meu posicionamento de que o contribuinte somente faz jus à repetição/compensação dentro do prazo de cinco anos contados a partir da extinção do crédito tributário.

Com efeito, aquela norma, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, dispõe que é vedada a aplicação retroativa de nova interpretação. Ou seja, não há como a administração imputar ao contribuinte, que deu entrada ao seu pleito de restituição antes ou sob a égide do disposto no PN n.º 58/98, entendimento diverso posterior, constante do AD SRF n.º 96/99. Portanto, aos pedidos protocolados antes da publicação do AD SRF n.º 96, em 30/11/99, deve ser dado o entendimento exarado no Parecer COSIT n.º 58/99, contando-se o prazo de cinco anos para pleitear a restituição a partir da data da publicação da MP n.º 1.110, em 31/08/95.

Poderia ser ainda argumentado que se a Medida Provisória n.º 1.621-36, de 10/06/1998, apontou com o direito à restituição do tributo, haveria entendimento diverso do acima defendido, de que a prescrição teria como termo inicial a extinção do crédito. Isto porque a norma seria inócua, pois já teriam transcorrido mais de cinco anos dos pagamentos efetuados.

Porém, tal argumento não se sustenta quando considerado, como no Parecer COSIT n.º 58/98, que delegados/inspetores da Receita Federal já estavam autorizados a proceder à restituição/compensação nos casos expressamente previstos na MP n.º 1.699/1998. art. 18, antes mesmo que fosse incluída a expressão "*ex officio*" ao § 2º. Com efeito, à época da edição da MP

¹⁰ "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 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).
II - (...)"

¹¹ "Art. 2º. (...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se destina, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação."(grifei)

Processo n.º : 10920.001573/98-46
Acórdão n.º : CSRF/03-05.283

nº 1.110/95 vários pagamentos efetuados ainda eram passíveis de restituição, segundo o disposto no CTN, art. 168, inciso I.

Portanto, reitero meu entendimento de que os pedidos protocolados a partir de 30/11/99 não podem ser acolhidos.

Uma vez que o pedido da contribuinte em questão foi impetrado em 29/10/1998, ou seja, antes da publicação do AD SRF nº 96/99 e amparado pelo PN nº 58/98, forçoso é que se NEGUE PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO i. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL.

Posto que a sentença da 1ª instância foi reformada por aquele acórdão no que concerne à prescrição, em obediência ao princípio do duplo grau de jurisdição, deve a autoridade julgadora de primeiro grau pronunciar-se em relação à única matéria de mérito impugnada, qual seja, os índices de correção adotados pela DRJ.

Sala das Sessões - DF, em 13 de fevereiro de 2007


ANELISE DAUDT PRIETO