

MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 13804.000118/99-92
Recurso nº 125.980 Extraordinário
Acórdão nº 9900-00.129 – Pleno
Sessão de 08 de dezembro de 2009
Matéria FINSOCIAL - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida MINI-MERCADO ANGELICA LTDA.

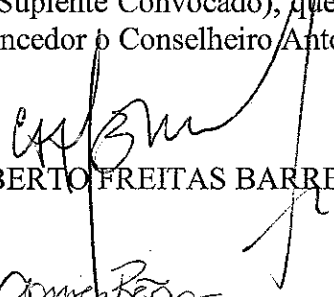
Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMISSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA. NÃO CONHECIMENTO. Descabe conhecer do recurso, quando verificado que o acórdão tomado por paradigma não se presta para configurar a divergência.

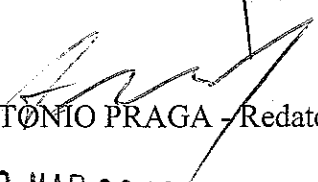
Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, NÃO CONHECER do recurso extraordinário, por não restar configurada a divergência jurisprudencial arguida, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencidos os Conselheiros Adriana Gomes Rêgo (Relatora), Leonardo de Andrade Couto, Elias Sampaio Freire, Judith do Amaral Marcondes Armando, Gilson Macedo Rosenberg Filho e Jose Adão Vitorino de Moraes (Suplente Convocado), que conheciam e enfrentavam o mérito. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Antonio Praga.


CARLOS ALBERTO FREITAS BARRETO - Presidente da CSRF.


ADRIANA GOMES REGO - Relatora.


ANTÔNIO PRAGA - Redator Designado.

EDITADO EM: 19 MAR 2010

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Antonio José Praga de Souza, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho, Adriana Gomes Rego, Karen Jureidini Dias, Leonardo Andrade Couto, Antonio Carlos Guidoni Filho, Albertina Silva Santos de Lima, Valmir Sandri, Caio Marcos Candido, Gonçalo Bonet Alage, Elias Sampaio Freire, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Júlio César Vieira Gomes, Rycardo Henrique Magalhães De Oliveira, Francisco Assis de Oliveira Junior, Manoel Coelho Arruda Junior, Henrique Pinheiro Torres, Maria Teresa Martinez López, Judith do Amaral Marcondes Armando, Leonardo Siade Manzan, Gilson Macedo Rosenburg Filho, Nanci Gama, José Adão Vitorino de Moraes, Rodrigo Cardozo Miranda, Suzy Gomes Hoffmann e Carlos Alberto Freitas Barreto.





Relatório

A FAZENDA NACIONAL, irresignada com a decisão prolatada por meio do Acórdão CSRF /03 – 05.462 (fls. 169/201) que, por unanimidade de votos, negou provimento ao seu recurso especial, interpôs o recurso extraordinário de fls. 207/217, alegando divergência jurisprudencial com o decidido pela 2ª Turma da CSRF, por meio do Acórdão CSRF/02-02.088.

O acórdão recorrido recebeu a seguinte ementa, na parte relativa à matéria em discussão:

FINSOCIAL - Pedido de Restituição/Compensação – Possibilidade de Exame – Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – Prescrição do direito de Restituição/Compensação – Inadmissibilidade – dies a quo – edição de Ato que dispensa a constituição de crédito tributário – Duplo Grau de Jurisdição.

Já o acórdão paradigma colacionado foi assim ementado:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — REPETIÇÃO DE INDÉBITO- O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

Em síntese, alega a Fazenda que, enquanto a Terceira Turma da CSRF adotou que o termo de início da contagem do prazo prescricional para se pleitear a restituição de indébito, assim considerado em face de uma declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou, por meio de uma Resolução do Senado Federal, ocorre a partir desse reconhecimento, com efeito *erga omnes*, a Segunda Turma da CSRF entendeu que referido termo *a quo* ocorre com extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado.

Tal recurso foi admitido pelo Presidente da CSRF, consoante Despacho nº 412/2008, de 10 de setembro de 2008, fls. 219/221 e, ciente deste despacho e do recurso da Fazenda Nacional, a contribuinte apresentou as contrarrazões de fls. 228/244, onde pede a aplicação da tese esposada pelo STJ no sentido de se considerar que o prazo para pleitear a restituição se finda após dez anos do fato gerador.

É o relatório. 

Voto Vencido

Conselheira Adriana Gomes Rêgo, Relatora

O recurso é tempestivo e, em que pese o Pleno da CSRF, na Sessão Extraordinária realizada em 15 de dezembro de 2008, ter decidido, ao apreciar dissídio idêntico, não estar configurada a divergência jurisprudencial argüida, ouso discordar desse entendimento.

É que o entendimento que prevaleceu naquele Colegiado foi o de que, como no acórdão recorrido o pedido de restituição foi feito dentro de cinco anos contados da data em que houve o reconhecimento do indébito, no caso, da Medida Provisória nº 1.110/95, e no paradigma, o pedido foi feito depois do ato que reconheceu o indébito, no caso, a Resolução do Senado Federal, não havia divergência de interpretação da legislação a ser solucionada, conforme se depreende da ementa prolatada no Acórdão Nº CSRF/PLENO nº 00.007, *verbis*:

O recurso extraordinário visa a uniformização da jurisprudência entre as Turmas da CSRF. Sendo os fatos distintos nos arestos postos em confronto, não há divergência de interpretação da legislação a ser solucionada. No recorrido o pedido de restituição foi feito dentro de cinco anos a contar do ato que reconheceu indevido o tributo (FINSOCIAL) (MP 1.110 publicada em 31.08.95), já no paradigma o pedido foi feito depois do ato que reconheceu indevido o tributo (PIS) (Resolução 49 do Senado Federal publicada em 10.10.95).

Entretanto vislumbro que a data da formulação do pedido em si não afasta a divergência jurisprudencial, pois o cerne da discussão, a essência da divergência, reside na interpretação dos dispositivos legais do CTN, mais especificamente, artigos 165 e 168 do CTN, vez que, enquanto para um Colegiado, esses dispositivos não são aplicados quando se trata de prazo para repetição de indébito de valores que foram considerados indevidos por força de uma declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, por uma Resolução de Senado ou mesmo pelo reconhecimento por parte da Administração Tributária, o outro concebe que, mesmo nessas hipóteses, deve-se aplicar os mencionados artigos.

Desta feita, acato o posicionamento do Despacho de fls. 219/221, no sentido de conhecer o presente recurso extraordinário, e passo à análise do mérito, que reside, exatamente, em se verificar como se conta o prazo para pleitear restituição/compensação.

A jurisprudência deste Conselho é majoritária, até então, para entender, nos termos do voto vencedor do acórdão recorrido, que a contagem se inicia, no caso do Finsocial, na data da publicação da MP nº 1.110, que ocorreu em 31 de agosto de 1995. Os principais argumentos suscitados em torno dessa tese são: o Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, é anterior à Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, quando surgiram inúmeras declarações de inconstitucionalidades de tributos pronunciadas pela Suprema Corte e a Lei Complementar nº 118/2005 procurou interpretar as disposições dos artigos 165 e 168 do CTN, silenciando no tocante às demais situações ali não previstas.

Argumentam, ainda, que este entendimento havia sido admitido pela Administração Tributária Federal, por meio do Parecer Cosit nº 58/98, posteriormente revogado; assim, até a data do Ato Declaratório SRF nº 96, de 30/11/1999, os pedidos dessa



natureza eram deferidos e posteriormente, a Administração Tributária mudou seu entendimento.

E, talvez, o fundamento mais forte é o de que, nos casos em que os recolhimentos gozam da presunção de legalidade, posto que fundados em lei vigente, o direito da ação para repeti-los não podia ser exercido imediatamente após o seu pagamento. Não havia liquidez e certeza do direito creditório para autorizar compensação (art. 170, do CTN).

Um acórdão bastante citado que consagra essa tese é o Ac. CSRF/01-03.239, segundo o qual o direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente inicia-se: a) da publicação do acórdão proferido pelo STF em ADIN; b) da Resolução do Senado que confere efeito *erga omnes* à decisão proferida inter partes em processo que reconhece a inconstitucionalidade de tributo; e c) da publicação de ato administrativo que reconhece caráter indevido de exação tributária.

No entanto, ousou discordar também desse entendimento, repito, predominante neste Conselho e com o qual eu mesma já concordei, para me filiar ao segundo, aqui trazido pela Recorrente em seu acórdão paradigma, segundo o qual o termo *a quo* é a da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado, combinando o art. 168, inciso I, do CTN, com o art. 165, inciso I, do mesmo diploma legal.

Isto porque, o direito não se origina da decisão do STF, pois cada contribuinte, antes mesmo de qualquer decisão do STF, tem a possibilidade de buscar no Judiciário, o reconhecimento do direito à repetição ou à compensação. O posicionamento do STJ, conforme voto do Ministro Teori Zavascki, no Resp 747.091/SC, é nesse sentido de considerar *"irrelevante, para efeito da contagem do prazo prescricional, a causa do recolhimento indevido"*.

Colaciono, ainda, outros julgados de ambas as Turmas do STJ, no tocante a esta jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DOS ERESPS 327.043/DF, 435.835/SC E 644.736/PE. INDÉBITO PRESCRITO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "A Primeira Seção, em 24.03.04, pacificou a questão no julgamento dos Embargos de Divergência 435.835/SC (cf. Informativo de Jurisprudência do STJ, nº 203), ficando positivado o entendimento de que a "sistemática dos cinco mais cinco" também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF, mesmo que tenha havido Resolução do Senado nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal. Dessa forma, estão prescritos os recolhimentos decorrentes de fatos geradores ocorridos antes de dez anos da propositura da presente ação (REsp 696.554/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 2/5/2005 p. 326)."



2. Agravo regimental não-provido.(AgRg no REsp 971.28/DF, DJe 01/12/2008, Segunda Turma) . Negritei.

TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL - LEI N. 7.787/89
– INDÉBITO TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO –
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - REGRA DOS
“CINCO MAIS CINCO”.

(...)

2. A Primeira Seção do STJ assentou o entendimento de que, mesmo em caso de exação tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado, seja em difuso, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal (art. 52, X, da Carta Magna), a prescrição do direito de pleitear a restituição, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita ou expressa.

(...)

REsp 925.554/SP, DJe 22/08/2008, Segunda Turma (grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. LC Nº 18/2005. ART. 3º. NORMA DE CUNHO MODIFICADOR E NÃO MERAMENTE INTERPRETATIVA. NÃO-APLICAÇÃO RETROATIVA. POSIÇÃO DA 1ª SEÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NA CORTE ESPECIAL (AI-NOS-ERESP Nº 644736/PE).

(...)

2. Uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo só se inicia após decorridos 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, aplica-se a prescrição nos moldes acima. **Não há se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. Aplica-se o prazo prescricional conforme pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.**

(...)

4. Quanto à LC nº 118/2005, a 1ª Seção deste Sodalício, ao julgar os EREsp nº 327043/DF, em 27/04/2005, posicionou-se, à unanimidade, contra a nova regra prevista no art. 3º da referida LC. Decidiu-se que a LC inovou no plano normativo, não se acatando a tese de que a citada norma teria natureza meramente interpretativa, **limitando-se sua incidência às hipóteses verificadas após sua vigência**, em obediência ao princípio da anterioridade tributária.



(...)

6. Referendando o posicionamento acima discorrido, a distinta Corte Especial, ao julgar, à unanimidade, 06/06/2007, a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644736/PE, Relator o eminente Min. Teori Albino Zavascki, declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Decidiu-se, ainda, que a prescrição ditada pela LC nº 118/2005 teria início a partir de sua vigência, ou seja, 09/06/2005, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo.

7. Pacificação total da matéria (prescrição), nada mais havendo a ser discutido, cabendo, tão-só, sua aplicação pelos membros do Poder Judiciário e cumprimento pelas partes litigantes. (AgRg no REsp 1011828/SP, DJe 16/04/2008, Primeira Turma). Negritei.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. TRIBUTÁRIO. QUOTA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO DE CAFÉ. REPETIÇÃO. PRESCRIÇÃO.

(...)

2. A Primeira Seção desta Corte, ao apreciar os EREsp 435.835/SC (Rel. Min. José Delgado, DJ de 4.6.2007), firmou entendimento no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita. Aplica-se essa orientação ainda que se trate de tributo declarado inconstitucional pelo STF.

3. Cumpre acrescentar que, conforme assentado pela Primeira Seção/STJ, ao apreciar os EDcl nos EREsp 644.820/RS (Rel. Min. José Delgado, DJ de 7.11.2005), a orientação no sentido de que "o prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional é de cinco anos, contados a partir da Resolução do Senado que suspende a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF" foi superada "pela tese dos cinco mais cinco". (AgRg nos EDcl no REsp 733.152/ES, DJe 07/04/2008, Primeira Turma) Negritei.

Contudo, em que pese esta jurisprudência do STJ, ousou discordar, também, da tese dos “cinco mais cinco”, isto porque, analisando os dispositivos do CTN, só consigo vislumbrar outra interpretação:



1º) O direito de pleitear a restituição rege-se pelo art. 168 do CTN, o qual, combinado com o art. 165, inciso I, do CTN, já que se trata tributo indevido em face da legislação tributária aplicável, considera que o termo *a quo* é a data da extinção do crédito.

2º) Buscando identificar qual é a data da extinção do crédito, verifica-se que, para as hipóteses de tributos sujeitos a lançamento por homologação, que esta ocorre, à luz do art. 156, inciso VII, do CTN, com o pagamento antecipado e homologação do lançamento, nos termos no art. 150 e parágrafos, do CTN. E aqui reside a minha divergência no tocante à tese do STJ, pois penso que quando a lei fala em pagamento antecipado e homologação do lançamento, nos termos do art. 150 e seus parágrafos, necessariamente nos remete, também, ao § 1º do art. 150, o qual expressamente dispõe que esse pagamento antecipado extingue o crédito sob condição resolutória.

3º) E qual o efeito de uma extinção sobre condição resolutória? Não vejo outro senão o de considerar que uma vez ocorrido o pagamento, e não quando da homologação, opera-se a extinção do crédito tributário. Isso porque a condição resolutória não tem efeito suspensivo *ab initio*. Ao contrário, ao teor do art. 127 do Código Civil, “*Se for resolutiva a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o negócio jurídico, podendo exercer-se desde a conclusão deste o direito por ele estabelecido.*”

Complementando, diz o art. 128 do mesmo diploma legal, *verbis*:

Art. 128. *Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se opõe; mas, se aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposição em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames de boa-fé.*

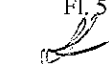
Logo, se pagamento antecipado ocorre sob condição resolutória de ulterior homologação, operam-se todos os seus efeitos desde o momento em que efetuado; contudo, em não havendo homologação, isto é, se a Administração não concordar com o pagamento, o direito a que o pagamento se opõe (de não ser cobrado pelo Fisco, por exemplo) deixa de existir para o sujeito passivo.

Por oportuno, destaco ainda que, adotar a tese do STJ implica não considerar o efeito retroativo expresso no art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, relativamente à interpretação conferida pelo art. 3º, que dispôs expressamente, *verbis*:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 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.

Como é defeso a este órgão julgador administrativo afastar texto expresso de lei, há de se considerar, sem sombra de dúvidas, que a contagem se inicia na data do pagamento antecipado.

Desta feita, se os pagamentos antecipados ocorreram no período de setembro de 1989 a março de 1992, à luz dos artigos 168, inciso I, combinado com o art. 165, inciso I, que por sua vez deve ser combinado com os artigos 156, inciso VII e 150, § 1º, todos do CTN, o direito de pleitear a restituição do último pagamento prescreveu em março de 1997. Logo, como o pedido foi formalizado em janeiro de 1999, resta evidenciado que já ocorrera a prescrição do prazo para tal pleito.



Em face do exposto, manifesto-me por DAR PROVIMENTO ao recurso extraordinário da Fazenda Nacional.

É como voto.


Adriana Gomes Rêgo – Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Praga

Conforme narrado no relatório tratam os autos de Recurso Extraordinário apresentado pela Fazenda Nacional, contra acórdão da CSRF julgou tempestivo o pedido de restituição do FINSOCIAL, feito dentro de cinco anos a contar de 31.08.1.995, data da publicação da MP 1.110.

Traz como paradigma o acórdão CSRF/02-02.088 de 17 de outubro de 2.005.

Inicio apreciando o conhecimento do recurso.

Quanto ao recurso extraordinário, O Regimento Interno da CSRF, então vigente, aprovado pela Portaria MF 147/2007, estabelece

Art. 43. O recurso extraordinário previsto no art. 9º deverá ser formalizado em petição dirigida ao Presidente da Turma que houver prolatado a decisão recorrida e deverá ser interposto por Procurador da Fazenda Nacional ou pelo sujeito passivo, no prazo de quinze dias contados da data da ciência da decisão.

§ 1º O recurso deverá demonstrar, fundamentadamente, a divergência argüida, indicando a decisão divergente e comprovando-a mediante a apresentação de cópia de seu inteiro teor ou de cópia da publicação em que tenha sido divulgada, ou mediante cópia de publicação de até duas ementas, cujos acórdãos serão examinados pelo Presidente.

O julgamento pelo Pleno da CSRF do Recurso Extraordinário tem como objetivo a uniformização da jurisprudência no âmbito das Turmas componentes do Colegiado.

Assim somente matéria de direito pode ser objeto recurso extraordinário, ou seja, quando as turmas interpretando determinado dispositivo legal, aplicável ao mesmo fato ou a fato semelhante, derem interpretações distintas.

Na sessão do pleno da CSRF realizada em 15/12/2008, apreciando a admissibilidade de recursos cujo paradigma apresentado foi esse mesmo acórdão Acórdão CSRF/02-02.088 (ementa acima transcrita), o conselheiro Jose Clóvis Alves assim se manifestou:

Analisaando **somente as ementas** dos acórdãos postos em confronto poder-se-ia concluir pela existência de divergência de interpretação, porém adentrando aos inteiros teores dos julgados verificamos que ela não se estabeleceu.

Abstraindo das características de cada tributo, visto que o atacado tratou de FINSOCIAL e o paradigma de PIS, o fato é que a matéria relativa a decadência e prescrição é regulamentada pelo CTN, logo se divergência houvesse seria na interpretação da referida Lei 5.172/66, não importando portando as leis instituidoras ou regulamentadoras desses tributos.

Os fatos são totalmente distintos senão vejamos:



No acórdão recorrido o pedido foi feito em 28 de julho de 2.000 conforme carimbo da Unidade de Origem aposto na folha 01, **dentro portanto do quinquênio**, se o prazo for contado a partir do ato que reconheceu ser indevida a cobrança do FINSOCIAL, ou seja 31 de agosto de 1.995, data da publicação da MP 1.110.

Já no acórdão paradigma o pedido foi feito em 10 de novembro de 2.000, **fora do quinquênio** que considerou inconstitucionais os aumentos de alíquotas previstos nos DLs 2.445 e 2449/88, ou seja a Resolução do Senado Federal publicada em 10 de outubro de 1.995.

Ora os **fatos são totalmente distintos**, no acórdão atacado o contribuinte cumpriu o prazo se considerado o evento de inconstitucionalidade, já no paradigma o contribuinte não cumpriu o referido prazo.

Mas não é só isso, o relator do acórdão paradigma assim se posicionou na folha 289/290, verbis:

“Por último, resta esclarecer que a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito conta-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos- Leis 2.445/1.998 e 2.449/1.998, o marco inicial da contagem da prescrição seria 10 de outubro de 1.995, data da publicação da Resolução 49 do Senado da República. Com isso, o termo final para repetição de indébito referente a aplicação dos indigitados decretos-leis seria 10 de outubro de 2.000. Como o pedido só foi protocolado em 10 de outubro de 2.000, o direito postulado foi extinto pela inércia de seu detentor.

Em assim sendo, seja o termo inicial contado da data da extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado, **seja da data da publicação da Resolução do Senado**, não importa, no momento em que o pedido foi protocolado na repartição fiscal o prazo encontrava-se exaurido.”

O recorrente quer estabelecer a divergência com um dos argumentos longamente explicados no acórdão, que é a tese geral dos Conselhos e das Turmas da CSRF, de que o prazo para repetição do indébito inicia-se na data do pagamento antecipado a teor do que determina o artigo 168-I do CTN, porém isso quando não há incidentes como os de inconstitucionalidades, nesses casos a tese geral tanto nos Conselhos como nas Turmas da CSRF, é de que o tributo se torna indevido na data da publicação do ato e que o contribuinte dispõe de cinco anos a contar dessa data para solicitar restituição dos tributos pagos que foram considerados inconstitucionais.

Diferentemente do argumentado pelo recorrente a inclusão pelo relator do paradigma da tese de que o prazo iniciaria na data da publicação da Resolução do Senado não foi só uma observação, essa é a tese predominante na 2ª Turma da CSRF, e se o pedido tivesse sido feito dentro do quinquênio contado a partir da Resolução 49 do Senado, com certeza o contribuinte teria seu recurso provido, pois tanto no paradigma como no acórdão CSRF/02-02.032, os vencidos foram os mesmos os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer e Francisco Maurício R. Albuquerque Silva que adotam a tese dos 5 mais cinco.

No acórdão CSRF/02-02.032 cujo julgamento ocorreu no mesmo dia do paradigma 17 de outubro de 2.005, tendo a Turma a mesma composição, tendo o mesmo tema, restituição PIS prazo para pleitear, o acórdão ficou assim ementado/decido:



“PIS. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO. - A decadência do direito de pleitear a restituição de valores recolhidos a maior a título de Contribuição para o PIS, nos moldes dos inconstitucionais Decretos-leis nos 2.445 e 2.449, de 1988, é de 5 (cinco) anos, tendo como termo inicial, a data da publicação da Resolução do Senado no 49, de 1995 Recurso especial negado

Por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer (Relator) e Francisco Maurício R. de Albuquerque Silva que deram provimento ao recurso. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Josefa Maria Coelho Marques. Os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Antonio Bezerra Neto e Henrique Pinheiro Torres acompanharam pelas conclusões. Ausente justificadamente a Conselheira Adriene Maria de Miranda.”

Cabe destacar alguns pontos desse julgamento.

O relator adotou a tese dos 10 anos a contar dos recolhimentos indevidos, e embora o contribuinte tenha feito o pedido em 16 de julho de 2.001, mais de cinco anos a contar da Resolução 49 do Senado Federal publicada em 10.10.95, com término portanto em 10.10.2.000, defendeu que os pagamentos feitos a partir de 16 de julho de 1.991, poderiam ser objeto de restituição, o que não foi acompanhado pela maioria da Turma que adotou a tese da contagem do prazo a partir de 10.10.95 conforme voto da Conselheira redatora do voto vencedor, Dra Josefa Maria Coelho Marques:

“Acórdão : CSRF/02-02.032

VOTO VENCEDOR

Conselheira JOSEFA MARIA COELHO MARQUES, Redatora designada

Discordo da posição do Relator no que se refere à questão do prazo prescricional para os contribuintes pleitearem restituição de valores pagos relativos a tributo cuja norma que o exige tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tal efeito comungo com o raciocínio exposto no Parecer Cosit nº 58, de 1998, cujo trecho referente ao assunto transcrevo abaixo:

“(…)24. Há de se concordar, portanto, com o mestre Aliomar Baleeiro (Direito Tributário Brasileiro, 10ª ed., Forense, Rio, 1993, p. 570), que entende que o prazo de que trata o art. 168 do CTN é de decadência.

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

26. Logo, para o contribuinte que foi parte na relação processual que resultou na declaração incidental de inconstitucionalidade, o início da decadência é contado a partir do trânsito em julgado da decisão judicial. Quanto aos demais,





só se pode falar em prazo decadencial quando os efeitos da decisão forem válidos erga omnes, que, conforme já foi dito no item 12, ocorre apenas após a publicação da Resolução do Senado ou após a edição de ato específico do Secretário da Receita Federal (hipótese do Decreto nº 2.346/1997, art. 4º).

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

Na verdade, concordo com o entendimento desse Parecer porque o pagamento só se torna indevido quando a lei deixa de existir, ou seja, como poderia o contribuinte pleitear a restituição/compensação sobre valores que até então eram considerados devidos.

No caso concreto, uma vez tratar-se de declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-lei nº 2.445 e 2.449, ambos de 1988, foi editada Resolução do Senado Federal de nº 49, de 09/09/1995, retirando a eficácia das aludidas normas legais que foram acoimadas de inconstitucionalidade pelo STF em controle difuso.

Assim, havendo manifestação senatorial, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, é a partir da publicação da aludida Resolução que o entendimento da Egrégia Corte se estende erga omnes.

Portanto, o direito subjetivo do contribuinte de postular a repetição de indébito pago com arrimo em norma declarada inconstitucional, nasceu a partir da publicação da Resolução do Senado nº 49, o que ocorreu em 10/10/95 e conforme, já decidido em outras ocasiões por esta Turma, o prazo para tal flui ao longo de cinco anos.

No presente caso o contribuinte ingressou com seu pedido em 16/07/2001, portanto não é mais cabível por ter sido formulado após 10/10/2000.

Assim meu voto é no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das sessões, DF, em 17 de outubro de 2005

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES"

Temos então que diferentemente do argumentado pelo recorrente, embora o relator do acórdão CSRF/02-02.088, tenha discorrido longamente sobre a tese geral dos cinco anos a contar do pagamento, a tese de que o prazo para restituição tem início na data do ato que considerou inconstitucional a lei é a predominante para os casos de inconstitucionalidade.

Assim se a mesma Turma no mesmo dia referendou a tese de que o prazo tem início com a declaração de inconstitucionalidade, no acórdão CSRF/02-02.032 e não a tese de cinco anos a contar do pagamento indevido é porque essa tese é que fora subsidiária no voto.



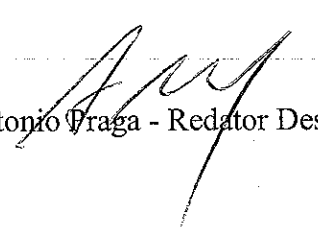
O fato é que em ambos os julgados, o paradigma apontado pela PFN CSRF/02.02.088 como no CSRF/02.032, que trataram do mesmo tema prazo de restituição do PIS, em ambos o recurso era do contribuinte e nos dois os pedidos foram formalizados após cinco anos a contar da Resolução do Senado Federal, no primeiro acórdão não há nenhuma referência à tese de cinco anos a contar do pagamento, a não ser no voto vencido para considerar os cinco mais cinco.

Aliás, em recursos apresentados pela PFN na CSRF, a tese dos cinco anos a partir do pagamento, restou vencida nos acórdãos CSRF 02-02.699 e 02.720 da mesma Turma do acórdão paradigma bem como nos acórdão 204-00609, nesses julgados a contagem se fez a partir da publicação da Resolução 49 do Senado Federal em 10.10.95, tendo sido vencido nos julgados da CSRF o relator do acórdão trazido como paradigma nos presentes autos.

Concluindo, a divergência não restou caracterizada e sim a convergência entre os julgados, pois nos acórdãos postos em confronto CSRF/03-05.443 (recorrido), bem como no paradigma CSRF/02-02.088 a tese é a mesma de que o prazo para repetir indébito nos casos de declaração de inconstitucionalidades inicia-se na data de publicação do ato que reconheceu tal inconstitucionalidade.

Por fim, cabe salientar que para ser caracterizada a divergência há necessidade de que a tese do acórdão recorrido tenha sido enfrentada no acórdão paradigma e que a interpretação tenha sido diferente, no presente caso quando trataram do tema prazo para repetição do indébito, nos casos especiais de declaração de inconstitucionalidade, emergiu a convergência, ou seja a mesma interpretação.”

Assim, voto pelo não conhecimento do recurso, haja vista não ter sido estabelecida a necessária divergência prevista no artigo 43 § 1º do RICSRF aprovado pela Port. MF 147/2007.



Conselheiro Antonio Praga - Redator Designado