

3-C2T2

I. 191



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo nº 11610.003172/2001-62
Recurso nº 342.896 Voluntário
Acórdão nº **3202-000.307 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 2 de junho de 2011
Matéria COTA-CAFÉ. RESTITUIÇÃO
Recorrente SANTA LUZIA COMISSÁRIA E EXPORTADORA DE CAFÉ LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de Apuração: 10/06/1986 a 28/03/1990

QUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ - IBC . RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.PRESCRIÇÃO. 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.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

José Luiz Novo Rossari-Presidente

Irene Souza da Trindade Torres- Relatora

Editado em 22/06/2011.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Luiz Novo Rossari, Irene Souza da Trindade Torres, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilberto de Castro Moreira Júnior, Mara Cristina Sifuentes e Antônio Spolador Júnior.

Assinado digitalmente em 27/06/2011 por JOSE LUIZ NOVO ROSSARI, 24/06/2011 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES

Autenticado digitalmente em 24/06/2011 por IRENE SOUZA DA TRINDADE TORRES
Emitido em 24/08/2011 pelo Ministério da Fazenda

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da decisão recorrida, o qual passo a transcrever:

A empresa acima qualificada requereu, em 10/01/2002, ao Delegado da Receita Federal São Paulo - SP, restituição dos pagamentos que fez a título de quota de contribuição ao Instituto Brasileiro do Café (IBC), alegando, em suma, que:

a) tal contribuição de intervenção no domínio econômico foi criada pelo DL 2295/86, deferindo ao Poder Executivo, através do Presidente do IBC, a competência para fixação de seu valor, o que seria contrário à CF/1967, a Emenda nº1, de 1969 e à CF/1988;

b) a requerente, confiando que tal exação era constitucional, durante o período de sua vigência recolheu a contribuição sobre as exportações que promoveu;

c) o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da referida contribuição no recurso extraordinário 191.044-5 - São Paulo, calcado no argumento de que o Poder Executivo não podia receber delegação de competência para fixar alíquotas ou bases de cálculo de tributos, mas apenas para alterá-las, motivo pelo qual o DL 2295/86 não foi recepcionado pela CF/1988;

d) o voto do ministro limar Galvão alerta que a Emenda Constitucional de 1969 não permitia a cobrança desta contribuição. Ou seja, pelos votos dos Ministros, o Supremo Tribunal Federal julgou que a contribuição ao IBC já nascera indevida;

e) o julgamento ocorreu no controle difuso, não havendo Resolução do Senado, em razão do DL 2.295/86 não mais vigir no momento em que o STF declarou sua inconstitucionalidade.

f) no entanto, a Administração Pública deve estender o efeito da declaração de inconstitucionalidade à esfera administrativa (Decreto 2.346/97) e restituir os valores indevidamente pagos pela requerente, conforme comprovantes de pagamento anexados ao processo;

g) a administração da contribuição do café sempre esteve a cargo da Secretaria da Receita Federal;

h) nos termos do artigo 150, combinado com o 156, VII e 168 do CTN, o direito de pleitear a repetição do indébito, pela forma da restituição ou da compensação, somente se extingue com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário, ou seja, dez anos após a ocorrência do fato gerador;

i) já o STJ adota a posição de que o prazo se extingue após cinco anos da data em que o STF declarou inconstitucional a lei em que se fundamentou a -cobrança indevida;

j) a melhor jurisprudência, de forma alguma aplica o efeito "ex tunc" inseqüentemente, respeitando sempre os 10 anos anteriormente mencionados;

k) solicita que seja observado o disposto no Parecer COSIT 58/98;

l) solicita a restituição, com correção monetária, dos valores recolhidos a título de "quota de contribuição sobre a exportação de café", no período de 1987 a 1990.

Às folhas 82 a 86, encontra-se o indeferimento do pleito, pelo chefe da Divisão de Orientação e Análise Tributária EQITD em São Paulo, calcado nos seguintes fundamentos:

1) o AD 96/99 dispõe que o período para pleitear restituição, onde o pagamento foi feito com fundamento em lei posteriormente declarada inconstitucional, tanto no controle difuso como no concentrado, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 anos contados da extinção do crédito tributário;

2) a atividade da Administração é vinculada, não cabendo a alegação da interessada de que o STI já pacificou jurisprudência quanto a prazo decadencial diferente daquele citado anteriormente;

3) em outros julgamentos o STF já excluiu da declaração de inconstitucionalidade os pagamentos já atingidos pela prescrição;

4) como o pleito da contribuinte refere-se a pagamentos efetuados entre 1987 a 1990 e o protocolo do pedido de restituição foi feito em 17/08/2001, verifica-se então, o decurso do prazo decadencial para a restituição dos pagamentos;

5) a interessada fundamenta seu pleito nos efeitos de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, a partir de tutela jurídica não por ela requerida. A declaração de inconstitucionalidade, nestes casos, tem efeitos inter-partes.

Inconformado, o contribuinte interpôs impugnação às folhas 89 a 126, trazendo as mesmas alegações do pleito inicial, e mais:

a) a decisão da autoridade local não colocou em dúvida a existência dos questionados pagamentos indevidos, manifestando-se, unicamente, quanto ao prazo para o exercício desse direito;

b) houve uma radical mudança de entendimento por parte da Secretaria da Receita Federal quando publicou o AD SRF 96/99 em comparação com o que dispunha o Parecer CST 58/98

c) devolver Um tributo indevidamente recebido é uma situação que não agride o principio da segurança jurídica;

d) se for o caso de aplicação de analogia, o caso em questão assemelha-se muito mais com a disposição do inciso lido artigo 168 do CTN do que com aquela do inciso I;

e) a não recepção da lei anterior à constituição resulta no juízo da revogação desta lei. Com base nos julgados do STF, a constituição sobrevinda não toma inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, e sim, revoga-as;

f) considera que o STF reconheceu a inconstitucionalidade pretérita do DL 2.295/86, citando o entendimento no voto do Ministro Iomar Galvão de que a contribuição do IBC já nasceu eivada de vício, à medida que era contrária à própria Emenda Constitucional de 1969;

g) conforme o entendimento do Egrégio 3º Conselho de Contribuintes o prazo para a decadência da restituição nos casos de declaração de inconstitucionalidade só pode ter início com a decisão definitiva da controvérsia pelo STF.

A DRJ-São Paulo indeferiu a solicitação da interessada (fls. 142/151), nos termos da ementa adiante transcrita:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 10/06/1987 a 28/03/1990

Ementa: Prazo decadencial. Contribuição para o IBC. Decadência: O direito não pode retroagir no tempo por períodos indefinidos e sem limite, pois feriria o próprio principio da segurança das relações jurídicas, que é seu fundamento. A declaração de inconstitucionalidade produz efeito "ex tunc", salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo, inconstitucional, não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial (Decreto 2.346/97). O prazo

Processo nº 11610.003172/2001-62
Acórdão n.º 3202-000.307

3-C2T2

l. 195

decadencial conta-se a partir do pagamento indevido (Parecer PGFN 1.538/99 e ADN-SRF 96/99).

Solicitação Indeferida

Irresignada, a contribuinte apresentou recurso voluntário a este Colegiado (fls. 154/178), repisando os mesmos argumentos expendidos na inicial.

Ao final requereu a reformada da decisão de primeira instância, para “reconhecer o direito de restituição das parcelas indevidamente pagas a título de “quota de contribuição sobre exportação de café”, nos valores comprovados nos autos, acrescidos de atualização monetária, expurgos consignados na planilha e juros pela taxa SELIC, na forma admitida pela legislação tributária e consagrada pela jurisprudência”.

É o relatório.

Voto

Conselheira Irene Souza da Trindade Torres, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, razões pelas quais dele conheço.

Cuidam os autos de pedido de restituição, no valor de **R\$ 1.340.603,89**, formulado pela contribuinte **SANTA LUZIA COMISSÁRIA E EXPORTADORA DE CAFÉ LTDA**, protocolizado em 17.08.2001, relativo a recolhimentos da quota de contribuição sobre exportação de café (“cota-café”), efetuados em nome do estabelecimento filial, CGC nº 58.161.555/0002-86, nos anos de 1987 (meses de maio, junho, novembro e dezembro), 1988 (janeiro, fevereiro, março, abril e outubro), 1989 (novembro e dezembro) e 1990 (janeiro, fevereiro e março), conforme DARF juntados às fls. 62/80.

A decisão recorrida negou o pleito da interessada, ao entendimento de que, quando da formulação do pedido de restituição, já se havia passado cinco anos da data da extinção do crédito tributário (data do alegado pagamento indevido). Assim, cinge-se a controvérsia, na esfera recursal, em se estabelecer se, quando da protocolização do pedido de restituição pela contribuinte, em 17/08/2001, o direito à repetição do indébito já se encontrava ou não prescrito.

Esta mesma questão foi julgada nesta Turma, que, em sessão realizada em setembro de 2010, negou provimento ao recurso voluntário, por voto de qualidade, nos autos do processo nº 10845.001216/2002-84, no qual fui relatora do voto condutor do Acórdão. Naquela oportunidade, seguiu-se a firme jurisprudência da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, acolhendo-se a tese do voto condutor proferido nos autos do processo nº 13832.000129/99-90. Proferi meu voto firmando o entendimento de que 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.

Feitas estas considerações, tem-se que essa matéria foi muito bem enfrentada pelo eminente Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, por ocasião do julgamento do processo administrativo nº 10830.005516/2001 pela 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, e que, pela similitude da matéria, adoto como razões de decidir deste voto, transcrevendo os excertos seguintes:

Nessa questão, a jurisprudência deste Colegiado é no sentido de que o termo inicial da prescrição para repetição de indébito é a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, a exemplo do Acórdão 9303.01.115, do qual fui relator do voto condutor, cujo excerto transcreve-se abaixo:

.....
“O direito à repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no art. 165¹ do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito, esse também tem prazo para ser exercido.

A Carta Política da República, de 1988, exigiu lei complementar para estabelecer normas gerais de prescrição e decadência tributários, conforme se vê da alínea “b” do inciso III do art. 146.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I -

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

a)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

A lei com o status exigido pela Constituição para fixar as hipóteses de prescrição e decadência tributária, quer para a cobrança do débito quer para a devolução do indébito, como é de todos sabido, é a Lei nº 5.172/1966, alçada a

¹ 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;

categoria de Código Tributário Nacional, recepcionada pela Constituição como lei complementar.

Para o caso aqui em debate interessa, apenas, essa última hipótese, a qual é tratada no art. 168 do Código, que estabelece o prazo de 05 anos para a repetição, contados da seguinte forma:

I - da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

a) de 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;

b) de 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;

II - 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 nas hipóteses:

a) de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

A exegese desse artigo não deixa margem a dúvida de que o prazo prescricional para repetição de indébito é de 05 anos. A celeuma que se instaurou na doutrina, e também na jurisprudência gira em torno do termo inicial da contagem do prazo. O art. 168² fixa duas datas distintas, como não poderia deixar de ser, para hipóteses também distintas. A primeira - data da extinção do crédito tributário – aplica-se aos casos previstos nos incisos I e II do art. 165 do CTN; e a segunda – data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, destina-se, exclusivamente, às hipóteses enumeradas no inciso II do mencionado art. 165.

A exegese, como todos sabem, é a arte de se extrair da norma o seu conteúdo por meio das técnicas de interpretação. Todavia, não pode ir além disso, ou seja, não pode extrair aquilo que não está na norma. O exegeta não pode criar, não pode inventar, tem

² 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.

que se ater ao comando normativo, sob pena de transformar-se em legislador positivo, usurpando competência que não lhe foi dada.

Em outro giro, a lei complementar fixou, numerus clausus, os eventos que servem como data do termo de início da contagem do prazo prescricional de repetição de indébito – a extinção do crédito tributário que se pretende repetir, e 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 – afora essas duas hipóteses, nenhum outro dispositivo legal versa sobre o termo inicial da prescrição para repetir o indébito.

Assim, toda a engenharia jurídica e criativa utilizada para dar sustentação a outros marcos temporais da contagem desse prazo não encontra respaldo no arcabouço jurídico nacional. Aliás, é de se ressaltar que essas teses que criaram termos de início alternativos ao dado pelo CTN, não só carecem de amparo legal, como afrontam o ordenamento jurídico, in casu, a própria Constituição, art. 146, III, “b”, e o Código Tributário Nacional que detém o status normativo exigido na Carta Cidadã para disciplinar essa matéria.

Todavia, deve-se reconhecer que, na jurisprudência dos antigos conselhos de contribuintes, proliferaram-se teses e mais teses criando várias outras hipóteses de marco inicial da contagem desse prazo. Como exemplo, pode-se citar a data da publicação da resolução do Senado nos casos em que o indébito decorresse de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF; a data do dispositivo legal³, por meio do qual a administração teria reconhecido o direito de não mais se pagar o tributo inconstitucional; a tese do 5 mais 5 e por aí vai.

Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, da Lei nº 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel lei complementar.

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente

³ Pacificou-se, noutro giro, o entendimento de que, independentemente da modalidade de controle da constitucionalidade, considera-se como início da contagem do prazo prescricional a data da publicação da lei que dispense os agentes públicos de adotar providências tendentes à cobrança dos tributos declarados inconstitucionais.

aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

Aliás, não se pode olvidar que o entendimento segundo o qual o termo inicial da prescrição é a data da extinção do crédito tributário pelo pagamento era o adotado pelo STF antes de a competência para apreciar este tipo de matéria passar para o STJ. Aqui sobreleva citar as palavras do Ministro Marco Aurélio de Mello proferida na votação do RE acima transcrito:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, diria mesmo que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça foi surpreendida com os embargos declaratórios e a veiculação da matéria, isso porque o caso não é simplesmente de aplicação da lei no tempo, mas, sim, de afastamento peremptório de preceito que revelou, ou melhor, explicitou mais ainda, se é que era preciso, o princípio segundo o qual a prescrição tem como termo inicial a data do nascimento da ação. E se afastou a Lei Complementar nº 118/2005, mais precisamente o artigo esclarecedor, artigo 4º, no que remeteu ao artigo 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, que versa, justamente, a aplicação da lei a ato ou fato pretérito, em qualquer hipótese, quando seja expressamente - para mim, ela foi simplesmente interpretativa - interpretativa, excluída a aplicação de penalidade no caso de infração.

Aqui estamos diante daquela situação concreta em que se dobrou o prazo alusivo à prescrição mediante uma interpretação inteligente, sem dúvida alguma, mas que, a meu ver, de início, não se coaduna com o que se contém no Código Tributário Nacional.

Acompanho, integralmente, o relator no voto proferido, em situação que viria a ser apanhada pelo nosso verbete.

Em outro giro, embora não concorde com a tese dos 5 + 5 adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, por entender que a homologação tem efeitos declaratórios, e, portanto, seus efeitos retroagem à data do pagamento, deve-se reconhecer que tal tese tem sua lógica, posto que, assim como o CTN, o termo inicial é a data da extinção do crédito tributário. A divergência reside na interpretação de quando se deu essa extinção. Aqui, ao contrário das demais teses adotadas para refutar o disposto no art. 168 do CTN, parte deste dispositivo e, como dito linhas acima, interpreta-o de forma a fixar quando se deu o evento da extinção do crédito tributário. Não se inventou nada, apenas se interpretou a lei. Interpretação esta, a meu sentir, não escorreita, já que diferenciada da que foi dada pelo legislador. De qualquer sorte, na interpretação do STJ, continua valendo o marco estabelecido no CTN, o que varia é o momento em que ele se deu, já nas teses outras, aqui combatida, o interprete buscou

Processo nº 11610.003172/2001-62
Acórdão n.º 3202-000.307

3-C2T2

I. 200

outro termo de início, sem qualquer pertinência com o estabelecido em lei.

Gize-se que nenhum tribunal pátrio abriga hoje em dia qualquer dessas teses inovadoras adotadas nos antigos Conselhos de Contribuintes, já que o STJ, a partir de novembro de 2005, espancou qualquer tese que não tivesse como marco temporal da prescrição a data da extinção do crédito tributário, e consolidou a posição de que a decretação da inconstitucionalidade pelo STF ou a edição de resolução do Senado não exercem qualquer influência sobre a contagem do prazo de prescrição. Vejamos:

EREsp na 435.835 / SC SC⁴:

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

1. Está uniforme na Iª 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 sem que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

AgRg no REsp 852086 / RJ⁵:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

I - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco

⁴ Relator (para o acórdão): Ministro José Delgado, julgado em 24/03/2004, publicado no DJ de 04/06/2007;

Assinado digitalmente ⁵ Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 17/05/2007, publicado no DJ de 29.05.2007.

Processo nº 11610.003172/2001-62
Acórdão n.º 3202-000.307

3-C2T2

I. 201

anos, contados a partir da homologação tácita, em nada influenciando o termo inicial da prescrição, a declaração de inconstitucionalidade da exação, pelo STF, seja em controle difuso ou concentrado, conforme restou decidido no julgamento dos EREsp nº 435.835/SC, Rei. p/ acórdão Min. JOSÉ DELGADO, julgado em 24/03/2004.

REsp 841652 / PR⁶:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COFINS.PRESCRIÇÃO. SOCIEDADE CIVIL. ISENÇÃO. ACÓRDÃO VERGASTADO.ENFOQUE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

Nos tributos lançados por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito será de dez anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e de cinco anos a contar da homologação, se expressa. Precedentes.

O Tribunal a quo negou a pretensão recursal sob enfoque eminentemente constitucional, cujo reexame é da competência exclusiva do STF.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

De outro modo não poderia ser, pois ao se deslocar o prazo de prescrição da data da extinção do crédito tributário para qualquer outra data, estar-se-ia criando direito novo, totalmente incompatível com o CTN, e também, com o art. 146 da Constituição da República. Impõe-se ressaltar que o interprete não pode dar à norma um alcance maior do que a ela o legislador não deu, sob pena de se transformar o ato de interpretar em ato de legislar. Aquele, da alçada do aplicador da lei; esse, com exclusividade, da do legislador.

Sobre a tese do termo de início ser deslocado da extinção do crédito tributário, para a data da publicação da resolução do Senado que retirou do mundo jurídico a lei declarada inconstitucional pelo STF, deve-se esclarecer que ela encontra-se totalmente desvinculada da jurisprudência de nossos tribunais, bem como da boa doutrina, como se pode ver a seguir.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁷, apoiada na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo⁸, leciona que a Resolução

⁶ Relator: Ministro Castro Meira, julgado em 17/05/2007, publicado no DJ de 29.05.2007.

⁷ *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, 5ª ed., p. 205.

⁸ *A Teoria das Constituições Rígidas*, apud *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, 5ª ed.

Senatorial que dá efeitos erga omnes à decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei teria efeito constitutivo e, nessa condição, somente após a publicação surtiria efeitos para as partes que não integraram o litígio.

O Ministro Teori Albino Zavascki⁹, em obra dedicada ao tema, citado no voto do Conselheiro Luis Marcelo, estabelece limites temporais para o poder vinculativo advindo da Resolução Senatorial, a saber:

Em qualquer caso, o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior ao efeito da inconstitucionalidade em si: esta é ex tunc, desde a edição da norma; aquele só é vinculante a partir do ato do qual decorre, que é superveniente à norma inconstitucional [Essa linha de entendimento norteou o acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança 17.976, Relator Min. Amaral Santos (julgamento de 13.09.68), em cujo voto está dito que 'a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória'. Esclareceu o Min. Eloy da Rocha, na oportunidade, que 'a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeito ex nunc'].

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, sobre o tema, firmou-se no seguinte sentido:

REsp nº 547.744/MG¹¹:

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.

⁹ *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 81-101

¹⁰ jurisprudência trazida à colação no voto proferido pelo Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro, no voto proferido no julgamento do Recurso Voluntário nº 133.010, da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes.

¹¹ Publicado no DJ de 09/12/2003, Relator: Ministro Luiz Fux.

*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.** (grifei)*

*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 petição de princípio: significa sobrepor como premissa a conclusão que se pretende. O acórdão em ADIN não faz surgir novo 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. (grifei)*

O Ministro Teori Albino Zavascki, em declaração de voto proferida nos autos EREsp nº 423.994/MG¹², entendeu que:

*Em suma, não há como afirmar que a declaração de inconstitucionalidade, notadamente quando formulada em controle difuso, importe, **no plano da norma**, qualquer efeito extintivo ou modificativo. A norma permanece nula, como sempre foi. Também nenhum efeito dessa espécie ocorre no plano das relações jurídicas individuais (salvo, evidentemente, a que envolve as partes diretamente vinculadas à ação individual proposta). Mas, mesmo havendo sentença de inconstitucionalidade proferida em ação de controle concentrado, as relações jurídicas individuais formadas inconstitucionalmente (como, v. g., o pagamento de um tributo inconstitucional), não são diretamente atingidas pela declaração e muito menos desfeitas de modo automático.*

Releva ainda mencionar a posição do Ministro Teori Zavascki, em voto proferido no EREsp nº 423.994/MG¹³:

¹² Publicado no DJ de 05/04/2004.

¹³ Julgado em 08/10/2003, publicado no DJ de 05/04/2004.

*O caso dos autos é paradigmático, porque põe em confronto duas orientações do STJ, adotadas há muito tempo, mas que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se mostram incompatíveis, expondo a fragilidade dos fundamentos que as sustentam. Tal fragilidade reside, segundo penso, na circunstância de terem, ambas, se assentado sobre bases que desconsideram inteiramente um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da actio nata, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Bookseller Editora, 2.000, p. 332). **Realmente, ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo.**(grifei)*

(...)

Por tais razões, não se pode justificar, do ponto de vista constitucional, a orientação segundo a qual, relativamente à repetição de tributos inconstitucionais, o prazo prescricional somente corre a partir da data da decisão do STF que declara a sua inconstitucionalidade. Isso significaria, conforme já se disse, atribuir eficácia constitutiva àquela declaração. Significaria, também, atrelar o início do prazo prescricional não a um termo (= fato futuro e certo), mas a uma condição (= fato futuro e incerto). Não haveria termo a quo do prazo, e sim condição suspensiva. Isso equivale a eliminar a própria existência do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 168 do CTN, já que, sem termo "a quo", o termo "ad quem" será indeterminado. O prazo prescricional será incerto, aleatório e eventual, já que, se ninguém tomar a iniciativa de provocar jurisdicionalmente a declaração de inconstitucionalidade, não estará em curso prazo prescricional algum, mesmo que o recolhimento do tributo indevido tenha ocorrido há cinco, dez ou vinte anos.

Outro ponto que clama por refutar a tese adotada no acórdão recorrido é o da total inversão da finalidade da prescrição. Explico: esse instituto extintivo do direito de ação, oriundo do direito civil, tem por escopo estabilizar as relações jurídicas e contribuir para a estabilidade social, na medida em que impede que conflitos jurídicos se perpetuem no tempo e passe de uma geração para outra.

A tese adotada no acórdão recorrido, simplesmente, mantém a possibilidade de conflitos extintos em um passado distante sejam ressuscitados e venham assombrar a geração presente ou futura.

Tome-se, por exemplo, o caso da Lei nº 4.502/1964 – lei básica do IPI – que prevê a incidência desse tributo sobre produtos das indústrias gráficas. O Judiciário, sistematicamente, vem decidindo em sentido contrário, que sobre tais produtos incide apenas ISS, e não o imposto federal. A prevalecer a tese esposada no acórdão recorrido, se a União vier a editar qualquer ato dispensando a fiscalização de lançar o IPI sobre esses produtos, o prazo de prescrição do tributo pago desde 1964 seria reaberto, a partir desse ato, que passaria a ser o termo inicial da prescrição. Com isso, poder-se-ia repetir eventuais indébitos relativos a tributos ocorridos no longínquo ano do golpe militar, ou seja, meio século depois.

Tal fato acarretaria ônus insuportável aos cofres públicos, de tal monta que, a geração sobrevivente dos anos de chumbo sucumbiria ao caos financeiro decorrente dessa canhestra engenharia jurídica inventada para legitimar, ao arrepio da lei e da constituição, a devolução de um tributo pago por uma geração, que, aliás, dele se beneficiou.”

Esse era o entendimento deste Colegiado. Todavia, com a alteração do Regimento Interno do CARF, mais precisamente com o acréscimo do art. 62-A, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em recursos repetitivos devem ser observadas pelas turmas julgadoras deste Conselho.

De outro lado, a questão do termo inicial para repetição de indébito encontra-se apascentada no STJ, em sede de recursos repetitivos, nos termos seguintes: para fatos geradores ocorridos até junho de 2005, permanece a tese dos 5 mais 5, já para fatos geradores ocorridos a partir de junho de 2005, o termo inicial é a data da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

Acontece porém, que, no caso dos autos, ainda que se considerasse a tese dos 5 mais 5, ainda assim, o direito à repetição do indébito objeto destes autos fora alcançado pela prescrição, posto que o período de apuração mais próximo refere-se a fatos geradores ocorridos em julho de 1989, e o pedido de restituição foi protocolado em 22 de agosto de 2001, portanto, bem além dos dez anos previstos na tese dos 5 mais 5.

Diante do exposto e considerando que, no caso em análise, o pedido foi protocolado após o transcurso do prazo quinquenal, contado a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento (ou mesmo da homologação), é de reconhecer-se que o direito à repetição de indébito ora em exame foi alcançado pela prescrição.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso apresentado pela Fazenda Nacional para declarar a prescrição

Processo nº 11610.003172/2001-62
Acórdão n.º 3202-000.307

3-C2T2

I. 206

do direito de o sujeito passivo pleitear a repetição dos indébitos objeto destes autos.

A questão do termo inicial para repetição de indébito encontra-se apascentada no STJ, em sede de recursos repetitivos, nos termos seguintes: para fatos geradores ocorridos até junho de 2005, permanece a tese dos 5 mais 5, já para fatos geradores ocorridos a partir de 09 de junho de 2005 (data da vigência da LC nº. 118/2005), o termo inicial é a data da extinção do crédito tributário pelo pagamento (RESP 1002932, Julgamento de 25/11/2009, DJ de 18/12/2009).

No caso, ainda que se adotasse a chamada tese do “cinco mais cinco”, mesmo assim o direito à repetição do indébito objeto da presente lide estaria prescrito, posto que o período de apuração mais próximo refere-se a fatos geradores ocorridos em março de 1990, e o pedido de restituição foi protocolizado em 17 de agosto de 2001, portanto, pouco mais de 1 ano além dos dez anos previstos na tese dos “5 mais 5”.

Por último, ressalte-se que o termo *a quo* do prazo prescricional da ação de repetição de indébito relativa a tributos sujeitos a lançamento por homologação e pagos antecipadamente está em discussão no Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso com repercussão geral (RE 561908), em que será dirimida a controvérsia acerca da constitucionalidade do art. 4º da LC nº. 118/05 .

Diante do exposto, é de reconhecer-se que o direito à repetição de indébito ora em exame foi alcançado pela prescrição, razão pela qual **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário.

É como voto.

Irene Souza da Trindade Torres