



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
PLENO

Processo nº 13677.000235/99-02
Recurso nº 302-132.978 Extraordinário
Matéria FINSOCIAL - RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO
Acórdão nº 00-00.113
Sessão de 15 de dezembro de 2008
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Recorrida SUPERMERCADO PEIXOTO & FILHOS LTDA

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1990, 1991, 1992

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 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).

Há entre os acórdãos CSRF/03-05.474 combatido e CSRF/02-02.088 paradigma, convergência, pelo fato do voto condutor ter citado a tese de cinco anos a contar do evento que considerou o tributo indevido e não tê-la contraditado; pelo contrário a referendou, explicando que mesmo considerando como termo inicial a data publicação da Resolução do Senado nº 49 o pedido de restituição era perempto.

Recurso Extraordinário Não Conhecido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros da Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NÃO CONHECER do recurso extraordinário, por não restar configurada a divergência jurisprudencial argüida. Vencidos os Conselheiros Antonio Praga (Relator), Maria Helena Cotta Cardozo, Henrique Pinheiro Torres, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rosa Maria de Jesus da Silva Cosa de Castro, Antonio Carlos Atulim, Maria Cristina Roza da Costa, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Júlio César Vieira Gomes, Elias Sampaio Freire e Gilson Maccêdo Rosenberg Filho, que conheciam do recurso extraordinário e enfrentavam o mérito.

Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro José Clóvis Alves, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

ANTÔNIO PRAGA

Presidente

JOSÉ CLÓVIS ALVES

Redator designado

FORMALIZADO EM:

14 OUT 2009

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros, Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-presidente da Câmara Superior de Recursos Fiscais), José Clóvis Alves, Carlos Alberto Gonçalves Nunes, Josefa Maria Coelho Marques, Dalton César Cordeiro de Miranda, Anelise Daudt Prieto, Judith do Amaral Marcondes Armando, Susy Gomes Hoffmann, Karen Jureidini, Marcos Vinicius Neder de Lima, Maria Helena Cotta Cardozo, Gonçalo Bonet Allage, Dias, Henrique Pinheiro Torres, Maria Teresa Martínez Lopez, Rosa Maria de Jesus da Silva Cosa de Castro, Ana Maria Ribeiro dos Reis, Moisés Giacomelli Nunes da Silva, Mário Sergio Fernandes Barroso, Antonio Carlos Guidoni Filho, Antonio Carlos Atulim, Gilenô Gurjão Barreto, Maria Cristina Roza da Costa, Nanci Gama, Ivete Malaquias Pessoa Monteiro, Gustavo Lian Haddad, Antonio Bezerra Neto (Substituto Convocado), Paulo Jacinto do Nascimento (Substituto Convocado), Júlio César Vieira Gomes, Leonardo Siade Manzan, Elias Sampaio Freire, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Gilson Macedo Rosenberg Filho e Manoel Coelho Arruda Júnior (substituto convocado), Sandra Maria Faroni (Substituta convocada), Valmir Sandri (Substituto convocado), Leonardo Henrique Magalhães de Oliveira (Substituto convocado), Eduardo Tadeu Farah (Substituto convocado), Alexandre Andrade Lima da Fonte Filho (Vice-presidente da CSRF) e Antonio Praga (Presidente da CSRF)..

Relatório

Trata-se pedido reconhecimento de direito creditório relativo a recolhimentos do Finsocial no períodos de apuração de setembro/89 a março/2002, interposto em 11/08/1999.

A DRF Divinópolis(MG), em segunda análise do pleito, fl. 152, indeferiu por ter sido interposto após o prazo de 5 anos dos pagamentos, art. 168 do CTN.

A contribuinte recorreu à DRJ Belo Horizonte (MG), que também julgou o pedido interposto a destempo (fls. 162-167).

A contribuinte apresentou recurso voluntário, encaminhado ao terceiro Conselho de Contribuintes, que deu provimento para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos a origem para apreciação do mérito, fls. 259 e seguintes.

Ato continuo a Fazenda Nacional interpôs recurso especial de divergência, que foi apreciado pela CSRF em 12/11/2008, confirmando a decisão recorrida.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, irresignada com o Acórdão CSRF/03-05.475 (fls. 304/332) que decidiu, *"1) por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional. Prevaleceu o entendimento que a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para interpor o pedido de restituição do Finsocial iniciou-se em 31/08/1995, com a publicação da Medida Provisória nº 1.110 de 30/08/1995,"* interpôs o recurso extraordinário de fls. 336/345, instruído com cópia da ementa do Acórdão CSRF/02-02.088.

O Acórdão objeto do recurso especial alcança o prazo para repetição do FINSOCIAL. Para o confronto, suficiente a transcrição dos seguintes excertos :

"Por diversas oportunidades, manifestei meu juízo quanto ao prazo decadencial para os pedidos de restituição do Finsocial, como é o caso, alinhavando em meu voto, os fundamentos que me fizeram concluir pelo início da contagem do prazo, com a publicação da Medida Provisória n. 1.110, de 30/08/95.

No mesmo sentido, é copiosa a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Terceiro Conselho de Contribuintes, citando como exemplos:

FINSOCIAL - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO - CONTAGEM DE PRAZO PARA DECADÊNCIA - O direito de pleitear restituição/compensação de tributos pagos indevidamente é sempre de 5 anos, distinguindo o início de sua contagem em razão da forma que se exterioriza o indébito.

O reconhecimento de crédito perante autoridade administrativa de tributo pago em virtude de lei, que se tenha por inconstitucional somente nasce após a declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Inexistindo resolução Senado o Parecer COSIT 58/98 entendeu que o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da

edição da MP 1110/95, portanto encerrando-se em 30/08/00. Não havendo análise do mérito do pedido em prestígio ao duplo grau de jurisdição afasto a decadência (prescrição) devendo o pedido ser remetido para primeira instância, para aferição dos cálculos apresentados " (destacamos)

A I. Recorrente sustenta dissídio jurisprudencial frente ao Acórdão CSRF/02-02.088. Para análise do dissídio, excerta-se do respectivo Voto:

"Como relatado, trata-se de pedido de restituição e compensação dos valores recolhidos a título de PIS no período compreendido entre 01/07/1990 a 31/05/1995, que a contribuinte pretende haver pago a maior, com base nos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. ()

Reportando-se aos arts. 165, 168, ambos do CTN, conclui o voto ofertado ao dissídio:

"A repetição em análise enquadra-se no primeiro caso em que o prazo inicial da contagem do prazo coincide com a extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado. Na hipótese de lançamento por homologação, uma questão se faz presente quando se considera extinto o crédito tributário, na data da antecipação do pagamento ou na da homologação. O inciso I do art. 156 do CTN elege o pagamento, puro e simples, como forma de extinção do crédito tributário, não fazendo qualquer alusão a sua homologação. Por seu turno, o § 1º do artigo 150 do Código é específico quando se refere à extinção do crédito tributário pela antecipação de pagamento, nos lançamentos por homologação."

Mediante despacho No. 253/2008, de 15/9/2008 (fls. 348 a 350), a presidência da CSRF acolheu o recurso pelos seguintes fundamentos:

"Constata-se que em ambos os julgados a norma legal foi declarada inconstitucional pelo STF. No Acórdão vergastado entende-se que, em tais casos, o prazo decadencial para repetição do indébito tem início a partir do reconhecimento por ato da administração que o imposto não era devido.

O Acórdão paradigma negou provimento ao apelo do sujeito passivo sob o manto do art. 165 c/c o art. 168 do CTN, no sentido de o prazo decadencial ter início com o pagamento puro e simples do tributo, conforme estampa a respectiva ementa.

"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."

Comprovado o pretendido dissídio jurisprudencial, DOU seguimento ao extraordinário da Fazenda Nacional.

Cientificada fls. 352 – verso, a contribuinte apresentou contra-razões, fls. 351-360, em 30/10/2008, alegando em preliminar a inaplicabilidade do acórdão tomado como

paradigma, haja vista tratar-se de indébito do PIS e não do Finsocial, bem com o pleito ter sido interposto após 5 anos da MP 1.110/1995, logo, a divergência não restou configurada.

No mérito propugna pela confirmação dos acórdãos recorridos, ao final concluindo:

"6. Ora, trata o presente processo de pedido de restituição de contribuições ao Finsocial, recolhidas indevidamente, ante a manifesta ilegitimidade das majorações de alíquota desse tributo, além do 0,5% originalmente fixado na lei que instituiu a obrigação em tela, pedido este protocolizado em 31.03.98, portanto, muito antes de cinco anos da publicação da citada Medida Provisória 1.110/95.

Diante do exposto, espera seja negado provimento ao presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO, e confirmada a decisão recorrida, para reconhecer definitivamente o direito pleiteado pelo contribuinte, à restituição/compensação de seu crédito por pagamento indevido da contribuição ao FINSOCIAL, atualizado plenamente, sem nenhum expurgo inflacionário".

É o que interessa ser relatado à decisão da lide.

Voto Vencido

Conselheiro ANTONIO PRAGA, Relator

O recurso extraordinário da Fazenda Nacional é tempestivo e foi admitido pela presidência da CSRF.

Em preâmbulo, registro que apenas uma questão cabe ser enfrentada por esse colegiado máximo: "A forma de contagem e a data de início do prazo para pleitear reconhecimento do direito creditório tratando-se de exigência declarada inconstitucional". Portanto, não há que se tomar conhecimento do pleito da contribuinte em contra-razões para reconhecer definitivamente o direito pleiteado pelo contribuinte, à restituição/compensação de seu crédito por pagamento indevido da contribuição ao FINSOCIAL, atualizado plenamente, sem nenhum expurgo inflacionário".

Todavia, cumpre antes do mérito, apreciar a preliminar de inadmissibilidade do recurso, por não estar caracterizada a divergência entre os acórdãos confrontados, trazida em contra-razões.

Aduz a contribuinte que:

1) o paradigma versa sobre pedido de restituição de outro tributo, o PIS, cuja a inconstitucionalidade da cobrança na forma dos Decretos-Lei 2.445 e 2.499/1988 foi reconhecida em ato senatorial, do qual se conta o prazo para interposição do pleito. Já no caso dos presentes autos, em que a repetição tratada é do Finsocial, a regra aplicável é outra, contando-se o prazo a partir da edição da Medida Provisória nº 1.110 de 30.08.1995.

2) examinando-se com acuidade maior o acórdão trazido como paradigma conclusão a que se chega é a de que não se aplica ao presente caso, já que naqueles autos,

pouco adiantaria o exame à ótica dos cinco anos da extinção do crédito tributário (art. 168 do CTN) ou à égide dos cinco anos contados da edição da Medida Provisória nº 1.110, de 30.08.95, já que o pedido foi protocolado em 10 de novembro de 2.000, portanto já expirados os dois prazos.

Inobstante os aguçados pontos de abordagem da contribuinte, entendo que a divergência restou configurada, pois:

- o fato de se tratarem de tributos distintos, com normas de exigência própria, que aliás foram cobrados concomitantemente por um longo período, não impede a configuração de divergência em relação à aplicação de normas gerais de direito tributário, matéria de lei complementar (CTN), sujeitando-se ambos os tributos.

- o fato de o prazo para pleitear a restituição no caso do acórdão paradigma estar expirado por qualquer das duas formas de contagem confrontadas (5 anos do pagamento ou 5 anos do reconhecimento de que a cobrança era indevida) também não ilide a caracterização da divergência. Pois, *in casu*, o que realmente importa é a tese adotada pelo colegiado.

Verifica-se pela ementa do acórdão tomado com paradigma, CSRF/02.088, cópia à fl. 346, que naquele julgado específico o prazo foi contado da data do pagamento, sendo que os recolhimentos se deram na forma dos Decretos-Lei declarados inconstitucionais. Observa-se que apenas 2 conselheiros foram vencidos e que nenhum outro acompanhou pelas conclusões. O voto condutor da lavra do ilustre conselheiro Henrique Pinheiro Torres, traz em seus fundamentos a aplicabilidade ao caso concreto dos art. 165 e 168 do CTN. Apenas ao final "esclarece" que a jurisprudência dominante na CSRF, à época, é no sentido de que o prazo contaria de 10/10/1995, data da publicação da Resolução No. 49 do Senado Federal, conforme transcrito pelo contribuinte (fl. 353).

É certo que nenhuma das teses aproveitasse ao recorrente do paradigma, todavia, para refutar seu pleito (aplicação da tese dos 5 + 5), aquela composição da CSRF adotou o entendimento do Relator.

É até possível que os conselheiros naquele julgamento não atentaram ao fato que estariam abrindo um precedente adotando a posição do conselheiro Henrique Torres, mas foi isso o que ocorreu.

Portanto, o recurso extraordinário deve mesmo ser conhecido.

Sala das Sessões, em 15 de dezembro de 2008

ANTONIO PRAGA

Voto Vencedor

Redator designado: José Clóvis Alves.

Embora brilhante o voto do relator, a maioria do colegiado do Pleno da CSRF decidiu pelo não conhecimento do recurso com base nas razões expendidas no recurso 301-131.808, que trata do mesmo tema tendo também o mesmo paradigma, que contem os argumentos abaixo transcritos.

DO CONHECIMENTO.

Regimento Interno da CSRF, aprovado pela Portaria MF 147/2007.

1.1.1.1.1 Subseção II

1.1.1.1.1.1 Do Recurso Extraordinário ao Pleno

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.

O acórdão CSRF 03-05.475, tem a seguinte tese.

“Processo Administrativo Fiscal.

FINSOCIAL. RECONHECIMENTO DE DIREITO CREDITÓRIO. O direito de se pleitear o reconhecimento de crédito com o consequente pedido de

restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que tenha sido declarada inconstitucional, somente surge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, na via indireta. Por esta via, o termo a quo para o pedido de restituição começa a contar da data da publicação da MP nº 1.110 em 31.08.95 – p. 13397, posto que foi o primeiro ato emanado do Poder Executivo a reconhecer o caráter indevido do recolhimento do Finsocial à alíquota superior a 0,5%. PRECEDENTES CSRF/03-04.227, 301-31.406, 301-31404 e 301-31.321.”

O acórdão paradigma CSRF/02-02.088, está assim ementado.

Acórdão nº : CSRF/02-02.088

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.

Analisando **somente as ementas** dos acórdãos postos em confronto poder-se-ia concluir que existiria 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 portanto as leis instituidoras ou regulamentadoras desses tributos.

Os fatos são totalmente distintos senão vejamos:

No acórdão recorrido o pedido foi feito em 11 de AGOSTO de 1.999 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 novembro 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 de 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 com certeza 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:

Número do 202-122461

Recurso:

Turma: SEGUNDA TURMA

Número do Processo: 13839.001172/2001-89

Tipo do Recurso: RECURSO DE DIVERGÊNCIA

Materia: RESTITUIÇÃO/COMP PIS

Recorrente: EXPRESSO ITATIBA LTDA

Interessado(a): FAZENDA NACIONAL

Data da Sessão: 17/10/2005 09:30:00

Relator(a): Rogério Gustavo Dreyer

Acórdão: CSRF/02-02.032

Decisão: NPM - NEGADO PROVIMENTO POR MAIORIA

Texto da Decisão: 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.

Inteiro Teor do Acórdão



Ac CSRF 02-02032 - 202-122461Votk.pdf

Ementa: 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.

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 2001, mais de cinco anos a contar da Resolução 49 do Senado Federal publicada em 10.10.95, com término portanto em 10.10.2000, defendeu que os pagamentos feitos a partir de 16 de julho de 1991, 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 comingo 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 discurrido 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 e foi a que prevaleceu.

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 P1N 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, 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.

Concluindo, a divergência não restou caracterizada e sim a convergência entre os julgados, pois nos acórdãos postos em confronto CSRF/03-05.474 (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 deixou de conhecer do recurso por não ter sido estabelecida a divergência, necessária prevista no artigo 43 § 1º do RICSRF, aprovado pela Portaria MF Nº 147/2007.

ESAF, Brasil, Brasília - DF, em 15 de dezembro de 2008

JOSE CLÓVIS ALVES – Relator designado.

