



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

Processo nº 13828.000138/2006-21
Recurso nº 179.329 Voluntário
Acórdão nº **3802-00.920 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 22 de março de 2012
Matéria Restituição COFINS
Recorrente Companhia Agrícola Luiz Zillo e Sobrinhos
Recorrida Fazenda Nacional

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 28/02/1999 a 31/10/2000

TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRAZO PARA REQUERIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º, SEGUNDA PARTE, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. INTERPRETAÇÃO DITADA PELO ARTIGO 3º DA REFERIDA NORMA. APLICAÇÃO UNICAMENTE A PROCESSOS FORMALIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. HIPÓTESE DOS AUTOS. DIREITO PRESCRITO.

Com a declaração da inconstitucionalidade do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, a aplicação da interpretação ditada pelo artigo 3º da referida norma (prazo de 5 anos para se pleitear a restituição) passou a ser considerada válida, unicamente, para os processos formalizados após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Realidade em que o pedido de restituição foi protocolizado em 05/09/2006, portanto, quando já admitida a interpretação de que trata o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05, segundo a qual, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário ocorre “*no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150*” do CTN.

No caso, os pagamentos objeto do pedido ocorreram entre 23/12/1999 e 14/12/2000. Por sua vez, o pedido de restituição só foi formalizado (em 05/09/2006) posteriormente ao prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Direito prescrito. Recurso ao qual se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em **negar provimento ao recurso**, nos termos do relatório e do voto que integram o presente julgado.

(assinado digitalmente)

Regis Xavier Holanda - Presidente.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios - Relator.

EDITADO EM: 31/03/2012

Participaram, ainda, da presente sessão de julgamento, os conselheiros Cláudio Augusto Gonçalves Pereira, José Fernandes do Nascimento, Solon Sehn e Tatiana Midori Migiyama. Ausente o conselheiro Bruno Maurício Macedo Curi.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário oposto com o objetivo de reformar o Acórdão nº 14-21.368, de 10 de novembro de 2008 (fls. 203/206), proferido pelos membros da 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP, que, por unanimidade de votos, indeferiram pedido de restituição formulado nos presentes autos com base no argumento de que, na data da formalização do pedido em tela, o direito de a interessada pleitear a restituição dos valores da COFINS dos meses de fevereiro de 1999 a outubro de 2000 estava extinto pela prescrição/decadência, posto que já transcorridos mais de cinco anos contados das datas dos recolhimentos efetuados pela requerente.

O pedido de restituição, no valor de R\$ 807.584,46, foi fundado em alegado recolhimento indevido da contribuição, posto que foi utilizada como base de cálculo a totalidade das receitas auferidas, nos termos do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A DRF Bauru, através do Despacho Decisório de fls. 183/190, indeferiu a restituição e não homologou as compensações, fundamentando sua decisão, preliminarmente, na ocorrência da decadência do direito de pedir, uma vez decorrido o prazo de cinco anos entre os pagamentos e o protocolo do pedido e, no mérito, na inexistência do direito creditório aduzido pela interessada, posto que a inconstitucionalidade declarada pelo STF não produziria efeitos para esta, mas unicamente para a autora do processo judicial correspondente.

Idêntica linha de pensamento foi a adotada pela DRJ Ribeirão Preto, da qual a requerente fora cientificada em 09/01/2009 (conf. AR de fls. 207).

Inconformada, a interessada apresentou, em 05/02/2009 (fls. 208), o recurso voluntário de fls. 208/217, onde se insurge contra a referida decisão alegando que, na data da formalização do pedido em apreço não havia se consumado o prazo de prescrição do direito de pleitear a restituição do mencionado crédito. Fundamenta seu pleito no argumento de que o termo *a quo* do referido prazo seria uma das seguintes datas:

a) o dia seguinte ao término do prazo da homologação tácita de 5 (cinco) anos, contado a partir data da ocorrência do fato gerador (tese dos cinco mais cinco); ou,

b) nas hipóteses restritas de devolução de tributo fulminado pela inconstitucionalidade – dado que o STF decidiu pela inconstitucionalidade do art. 3º, inciso I, da Lei nº 9.718/98 –, a publicação da Resolução do Senado Federal.

Alega, também, não ser aplicável ao caso em exame a orientação instituída pela Lei Complementar nº 118, que, por dar nova interpretação acerca de dispositivo legal, somente tem incidência a fatos/atos futuros, não se aplicando aos pagamentos ocorridos anteriormente à sua vigência.

No mérito, alega que o Plenário do STF já decidiu pela inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no sentido de que a exigência do tributo, à época em que ocorridos os fatos geradores objeto do presente pleito de restituição, somente poderia incidir sobre a receita da venda de mercadorias e da prestação de serviços.

Considerando que a presente controvérsia diz respeito a prazo decadencial/prescricional do direito de pleitear a devolução do valor pago a maior da COFINS, e que o STF, ao apreciar o RE nº 561.908, admitiu a existência de repercussão geral relativamente à nova orientação instituída pela Lei Complementar nº 118, o julgamento do processo em tela foi sobrestado até que fosse proferida a decisão definitiva de mérito, na forma preconizada no art. 543-B do Código de Processo Civil, o que se deu por força do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 62-A¹ do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com alterações introduzidas pela Portaria MF nº 586, de 21 de dezembro de 2010 (ver despacho nº 3802-00.015, de 28/06/2011 – fls. 219/220).

À época em que o julgamento do recurso fora sobrestado ainda não se encontrava em vigor a Portaria CARF nº 001, de 03/01/2012, cujo artigo 1º, parágrafo único, passou a determinar o sobrestamento em tela somente quando o STF determinasse expressamente nesse sentido.

Independente dessa questão, o STF, na sessão plenária de 04/08/2011, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual substituiu o processo acima como paradigma de repercussão geral, tendo assentado, na ocasião, ser inconstitucional a aplicação dos artigos 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, às situações anteriores à vigência da norma, isto é, 9/06/2005.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco José Barroso Rios

Admissibilidade do recurso

Conforme relatado, a ciência da decisão recorrida se deu em 09/01/2009 (fls. 207). Por sua vez, o recurso voluntário foi apresentado em 05/02/2009 (v. fls. 208), tempestivamente, portanto.

¹ "Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes".

Ademais, nos termos dos instrumentos de mandato de fls. 06 e 15, vê-se que o signatário da petição de recurso voluntário detém legitimidade para representar a empresa perante este foro.

Portanto, e considerando, ainda, a competência material para o julgamento do feito, conheço do recurso, posto que atendidos os requisitos formais e materiais exigidos para sua aceitação.

Do prazo para a repetição de indébitos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Conforme ressaltado, o julgamento do presente processo chegou a ser sobrestado até que o STF definisse a forma de contagem do prazo para se requerer a restituição, preconizada pelo inciso I do artigo 168 do CTN, isso frente o disposto nos artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005.

Como já adiantado no relatório, tal questão foi definida na sessão plenária de 04/08/2011, que julgou o Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, o qual substituiu o RE nº 561.908 como paradigma na repercussão geral, tendo o STF, na ocasião, assentado ser inconstitucional o artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, considerando válida a aplicação da interpretação ditada pelo artigo 3º da referida norma (prazo de 5 anos para se pleitear a restituição) tão-somente para os processos formalizados após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Referido acórdão foi assim ementado:

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

Assim, segundo o acórdão do STF, o “novo prazo de 5 anos” deverá ser adotado unicamente para os processos formalizados depois de 9 de junho de 2005, como no caso presente, **em que o pedido de restituição da interessada só foi formalizado em 05/09/2006** (ver fls. 01-v).

E a adoção do entendimento determinado pela LC 118/05 demonstra já estar prescrito o alegado crédito ao qual se refere a interessada.

Com efeito, prescreve o artigo 168 do CTN que o direito de pleitear a restituição decorrente, dentre outras hipóteses, do pagamento indevido ou a maior que o devido, extingue-se com o decurso do prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário. No caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre “no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150” do CTN, conforme artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05, abaixo reproduzido:

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.

No caso em exame, como consignado na decisão recorrida, os pagamentos objeto do pedido ocorreram entre 23/12/1999 e 14/12/2000 (planilha de fls. 16). Por sua vez, o pedido foi protocolizado em 05/09/2006, portanto, posterior ao prazo de 5 anos contados da data da extinção do crédito tributário.

Assim, muito embora o STF, de fato, tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, não há como reconhecer eventual direito decorrente de pagamento indevido, calcado no referido dispositivo, em vista de sua extinção pela prescrição.

Finalmente, concernente ao argumento segundo o qual o termo *a quo* para a contagem do prazo de prescrição seria a data da publicação de Resolução do Senado Federal,

importa destacar que o Senado Federal não publicou nenhuma Resolução tratando da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98.

E ainda que o Senado Federal tivesse publicado Resolução sobre a questão, o entendimento em favor da contagem do prazo prescricional a partir da publicação da aduzida Resolução já está totalmente superado, nos termos do seguinte precedente deste CARF, da relatoria do conselheiro Henrique Pinheiro Torres, cujas razões de decidir adoto para o presente caso (3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão nº 9303-00.330, de 18/11/2009, processo nº 13848.000073/99-95):

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 Ferrari [27], apoiada na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo [28], leciona que a Resolução 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 Conselheiro Luis Marcelo, no aludido voto proferido na Terceira Câmara do Terceiro Conselho, aduz que um dos efeitos que pode ser afastado de plano é o da imprescritibilidade, característica própria da ADI e das demais ações de cunho declaratório.

Todavia, depois da suspensão efetuada pelo Senado, perde a lei ou ato normativo sua eficácia; perde sua executoriedade, vale dizer, a sua revogação, e, a partir daí, não mais pode ser considerada em vigor.

Ora, parece-nos claro, dentro de tal colocação de idéias, que só a partir dessa suspensão é que a lei perde a eficácia, o que nos leva a admitir seu caráter constitutivo. A lei até tal momento existiu e, portanto, obrigou, criou direitos, deveres, com toda sua carga de obrigatoriedade, e só a partir do ato do Senado é que ela vai passar a não obrigar mais, já que, enquanto tal providência não se concretizar, pode o próprio Supremo, que decidiu sobre sua invalidade, alterar seu entendimento, conforme manifestação dos próprios ministros do Supremo, em voto proferido na decisão do Mandado de Segurança 16.512, de maio de 1966.

Assim sendo, não estão com a razão aqueles que consideram ter efeito retroativo a suspensão pelo Senado, pois, se não podemos negar o caráter normativo de tal ato, o mesmo, embora não se confunda com a revogação, opera como ela, já que retira, por disposição constitucional, a eficácia da lei ou ato normativo tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

José Afonso da Silva [29], apoiado em doutrinadores da envergadura de Pontes de Miranda, Alfredo Buzaid e Themístocles Brandão Cavalcanti, esclarece que:

O problema deve ser decidido, pois, considerando-se dois aspectos. No que tange ao caso concreto, a declaração surte efeitos ex tunc, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, ex nunc. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.

O Ministro Teori Albino Zavascki [30], 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 Justiça [31], sobre o tema, firmou-se no seguinte sentido:

REsp nº 547.744/MG [32]:

Como a ADIN é imprescritível, todas as ações que tiverem por objeto direitos subjetivos decorrentes de lei cuja constitucionalidade ainda não foi apreciada, ficarão sujeitas à reabertura do prazo de prescrição, por tempo indefinido. Assim, disseminaria-se a imprescritibilidade no direito, tornando os direitos subjetivos instáveis até que a constitucionalidade da lei seja objeto de controle pelo STF. Ocorre que, se a decadência e a prescrição perdessem o seu efeito operante diante do controle direto de constitucionalidade, então todos os direitos subjetivos tornar-se-iam imprescritíveis.

A decadência e a prescrição rompem o processo de positivação do direito, **determinando a imutabilidade dos direitos subjetivos protegidos pelos seus efeitos, estabilizando as relações jurídicas**, independentemente de ulterior controle de constitucionalidade da lei. (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/MG [33], 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.

A seu turno, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes [34], sobre os efeitos desconstitutivos da sentença proferida em sede de controle da constitucionalidade, pondera:

Não se está a negar caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

(...)

Acentue-se, desde logo, que, no direito brasileiro, jamais se aceitou a idéia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. Embora a ordem jurídica brasileira não disponha de preceitos semelhantes aos constantes do § 79 da Lei do Bundesverfassungsgericht que prescreve a intangibilidade dos atos não mais suscetíveis de impugnação, **não se deve supor que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.**

Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (Normebene) e no **plano do ato singular (Einzelaktebene) mediante a utilização das chamadas fórmulas de preclusão.**

De qualquer sorte, os atos praticados com base na lei inconstitucional **que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.** (os grifos não constam do original)

Nesse mesmo sentido é a doutrina de JJ Canotilho [35]

Pode também entender-se que os limites à retroactividade se encontram na definitiva consolidação de situações, actos, relações, negócios a que se referia a norma declarada inconstitucional. Se as questões de facto ou de direito regulados pela norma julgada inconstitucional se encontram definitivamente encerradas porque sobre elas incidiu caso julgado judicial, porque se perdeu um direito por prescrição ou caducidade, porque o acto se tornou inimpugnável, porque a relação se extinguiu com o cumprimento da obrigação, então a dedução de inconstitucionalidade, com a conseqüente nulidade ipso jure, não perturba, através da sua eficácia retroactiva, esta vasta gama de situações ou relações consolidadas.

[...]

Conclui o ilustre Conselheiro [Luis Marcelo]:

(...) ainda que se discutam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tornou-se pacífico na jurisprudência da Corte Constitucional, que a reclamada nulidade só atinge o ato que ainda encontra condições de ser revisto, o que não ocorre, v.g. com aquele atingido pela prescrição. Como prova de tais conclusões, o reconhecido constitucionalista, cita voto proferido pelo Ministro **Rodrigues Alckmin, nos autos do RE 86.056 [37]:**

Não contendo a ordem jurídica brasileira disciplina geral sobre o direito-dever de revogar ou anular os atos administrativos ou sobre o prazo dentro do qual isso possa ocorrer afigura-se difícil afirmar, com segurança, o dever do Poder Público de anular todos os atos praticados com base na lei inconstitucional. É certo que, por analogia, poder-se-ia cogitar da aplicação dos prazos prescricionais a essa situação, de modo que seria admissível o dever de a Administração proceder à revisão apenas dos atos ainda suscetíveis de impugnação na via judicial.

Releva ainda mencionar a posição do Ministro Teori Zavascki, em voto proferido no EREsp nº 423.994/MG [38]:

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.

- [27] **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, 5ª ed., p. 205.
- [28] A Teoria das Constituições Rígidas, apud **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, 5ª ed.
- [29] **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Malheiros, 1994, 10ª ed., p. 57.
- [30] **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001, pp. 81-101
- [31] 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.
- [32] Publicado no DJ de 09/12/2003, Relator: Ministro Luiz Fux.
- [33] Publicado no DJ de 05/04/2004.
- [34] **Jurisdição Constitucional**. Brasília. Forense. 2005, 5ª edição, pp. 333 e 334.
- [35] Canotilho, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, apud **Jurisdição Constitucional**. Brasília. Forense. 2005, 5ª edição, p. 388.
- [37] DJ 01/07/1977.
- [38] Julgado em 08/10/2003, publicado no DJ de 05/04/2004.

Portanto, embora o STF tenha declarado a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, não há fundamento que autorize o reconhecimento do intentado direito à restituição dos pagamentos por força do referido dispositivo, em vista da extinção do direito pela prescrição, posto que o pedido foi protocolizado depois do transcurso do prazo quinquenal contado a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

Deixa-se de examinar os demais argumentos aduzidos pela recorrente dada sua irrelevância frente à prescrição do direito pleiteado.

Diante do exposto, voto para **negar provimento** ao recurso voluntário interposto pela suplicante.

Sala de Sessões, em 22 de março de 2012.

(assinado digitalmente)

Francisco José Barroso Rios – Relator