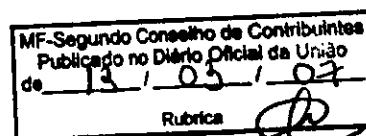




**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES**  
**TERCEIRA CÂMARA**

**Processo n°** 13856:000208/00-19  
**Recurso n°** 126.214 Voluntário  
**Matéria** PIS - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO  
**Acórdão n°** 203-11.264  
**Sessão de** 24 de agosto de 2006  
**Recorrente** USINA SAO MARTINHO S/A  
**Recorrida** DRJ-RIBEIRÃO PRETO/SP



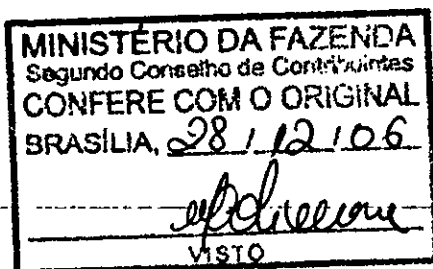
Assunto: Contribuição para o PIS/Pasep

Período de apuração: 01/01/1989 a 31/10/1993

Ementa: PIS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Na forma do § 1º do art. 150 do CTN, a extinção do crédito tributário se dá com o pagamento do crédito, sob condição resolutória de ulterior homologação.


REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA. Extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento indevido, o prazo para pedido de compensação ou restituição de indébito tributário.

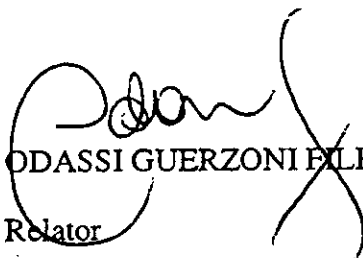
Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: USINA SÃO MARTINHO S/A.

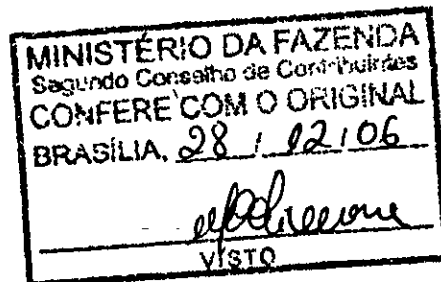
ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em negar provimento ao recurso, nos seguintes termos: I) pelo voto de qualidade, para afastar a decadência. Vencido o Conselheiro Cesar Piantavigna que acolhia a tese da decadência dos cinco mais cinco anos e os Conselheiros Sílvia de Brito Oliveira, Valdemar Ludvig e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que afastavam integralmente a decadência, face à tese dos cinco anos a partir da Resolução do Senado.; e II) quanto às demais matérias, por maioria de votos, em negar provimento. Vencido o Conselheiro Dalton Cesar Cordeiro de Miranda que apresentará declaração de voto.

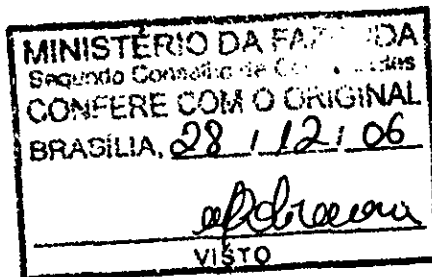
  
ANTONIO BEZERRA NETO  
Presidente

  
ODASSI GUERZONI FILHO  
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis e Eric Moraes de Castro e Silva.

Eaal/





## Relatório

Por bem traduzir o conteúdo do processo até a fase em que foi interposto o presente Recurso Voluntário, reproduzo o "Relatório" do Acórdão DRJ/POR N.º 4.384, de 3 de novembro de 2003, *verbis*:

*A interessada acima qualificada ingressou com o pedido de fl. 01, requerendo a restituição do montante de R\$ 1.440.573,74 (um milhão quatrocentos e quarenta mil quinhentos e setenta e três reais e setenta e cinco centavos), a preços de setembro de 2000, relativo a indébitos de contribuições para o PIS que teriam sido recolhidas a maior mensalmente nos períodos de 10 de abril de 1989 a 22 de novembro de 1993, incidentes sobre os fatos geradores ocorridos nos meses de competência de janeiro de 1989 a outubro de 1993, cumulada com a compensação de créditos tributários vencidos e/ ou vencidos de sua responsabilidade, administrados pela Secretaria da Receita Federal.*

*Para comprovar os indébitos pleiteados, anexou ao seu pedido o demonstrativo de fls. 03/07 denominado "Controle de Pagamentos Indevidos e Compensação do PIS", bem como os Darfs de fls. 10 a 84.*

*O pedido foi inicialmente analisado pela Delegacia da Receita Federal (DRF) em Ribeirão Preto, SP, que o indeferiu, conforme Despacho Decisório às fls. 635/639, com fundamento no Código Tributário Nacional (CTN), art. 156, I, c/c os arts. 165, I, e 168, I, sob o argumento de que o direito de a interessada pleitear a restituição dos pretensos indébitos ora reclamados extinguiu-se com o decurso de prazo de cinco anos, contados dos pagamentos a maior e/ ou indevidos.*

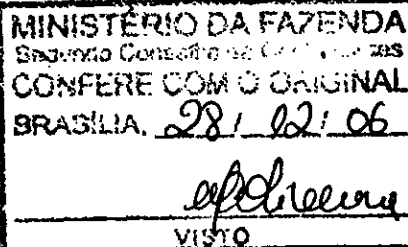
*Cientificada daquele despacho decisório e inconformada com o indeferimento do seu pedido, a interessada interpôs a manifestação de inconformismo de fls. 646/677, dirigida a esta DRJ, requerendo a reforma da decisão proferida por aquela DRF, para o fim de lhe deferir as compensação pretendidas, decretando a insubsistência e arquivamento da Intimação n.º 0810906/ARF/JABOTICABAL/DRF/RPQ/079/2003 e, conseqüentemente, a exigência dos tributos (créditos tributários) nela indicados, assim como dos juros de mora e multa, arquivando-se em seguida o presente processo e, ainda, que após as diligências requeridas e da produção de novas provas, se necessárias e indispensáveis, seja prolatada a decisão fundamentada. Protestou, também, pela apresentação de provas, testemunhal, documental, pericial e tudo o mais que em direito for permitido, inclusive sustentação oral.*

*Como razões de mérito, alegou:*

### *1) Quanto à compensação*

*Em face da Resolução do Senado Federal de n.º 49, de 09/10/1995, que suspendeu a execução dos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, tem direito à restituição e/ ou compensação dos valores das contribuições para o PIS que foram recolhidas nos termos destes*

P.



decretos e que tenham excedido aos valores devidos segundo a Lei Complementar (LC) n.º 7, de 1970. Tal compensação encontra amparo legal no Código Tributário Nacional (CTN) e na Lei n.º 8.383, de 1994, art. 66. Também a Lei n.º 9.430, de 27/12/1996, o Decreto n.º 2.138, de 29/01/1997, e a Instrução Normativa n.º 21, de 10/03/1997, permitem as compensações pretendidas.

2) Em relação aos valores recolhidos indevidamente

Segundo seu entendimento, a DRF em Ribeirão Preto, em momento algum, teria contestado a origem dos valores reclamados, bem como a documentação apresentada por ela e a liquidez dos indêbitos pretendidos.

3) Quanto ao prazo para o exercício do seu direito à restituição/compensação

Neste item, argumentou que o prazo para repetição e/ou compensação de indêbitos fiscais segundo o CTN, art. 168, I, c/c o art. 165, é de cinco anos contados da extinção do crédito tributário. Contudo, nas hipóteses previstas no art. 165, o CTN não versou especificamente sobre o prazo para a repetição de tributos declarados inconstitucionais como no presente caso. Nessa lacuna, firmou-se na doutrina e na jurisprudência a inteligência de que esse termo é de cinco anos, contados da publicação da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarou a inconstitucionalidade do diploma legal sob o qual vinha sendo pago o tributo ou da Resolução do Senado Federal que determinou a suspensão de sua execução.

No caso concreto, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data da publicação da Resolução n.º 49 do Senado Federal, em 10 de outubro de 1995, que suspendeu a execução dos Decretos-lei n.º 2.445 e n.º 2.449, ambos de 1988, e não das datas de extinção dos créditos tributários pelo pagamento como entendeu a DRF em Ribeirão Preto, SP. Assim, não há que se falar em decadência de seu direito em relação aos indêbitos reclamados.

4) Quanto à jurisprudência

Em sua impugnação, citou e transcreveu ementa do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre repetição de indébito relativo a empréstimo compulsório, decidindo que o prazo prescricional para sua repetição tem como termo inicial a data da declaração de inconstitucionalidade da lei em que se fundamentou seu gravame. Também citou e transcreveu ementas sobre repetição de indêbitos relativos a Finsocial, decidindo que o prazo para haver restituição e/ou compensação de tributos lançados por homologação é de cinco anos, contados da data de sua homologação e expirado esse prazo, sem que ela ocorra, dá-se a homologação tácita, e daí começa a fluir o prazo para o contribuinte pleitear sua restituição e/ou compensação. Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade do tributo, este é o termo inicial do lapso prescricional para o ajuizamento da ação correspondente. Citou, ainda, e transcreveu ementas do Conselho de Contribuintes, reconhecendo que o prazo para se exercer o direito à repetição e/ou compensação de indêbitos resultantes de tributos pagos sob norma declarada inconstitucional tem início na data da Resolução do Senado.

*Federal que suspendeu sua execução e não na data da extinção do crédito tributário pelo pagamento.*

*É o relatório.*

O Acórdão recorrido indeferiu o pleito da interessada, tendo sido assim elaborada a sua ementa:

*“Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário*

*Período de apuração: 01/09/1989 a 31/10/1993*

*Ementa: INDÉBITO FISCAL. DECADÊNCIA*

*A decadência do direito de se pleitear restituição e/ ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.*

*RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO*

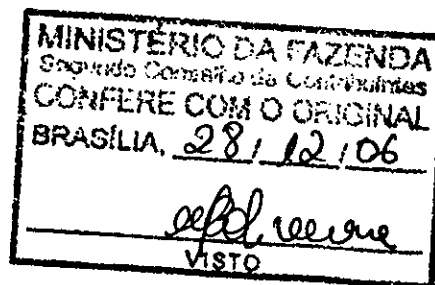
*A restituição e/ ou compensação de indébito fiscal com crédito tributário vencido e/ ou vincendo está condicionada à comprovação da certeza e liquidez do respectivo indébito*

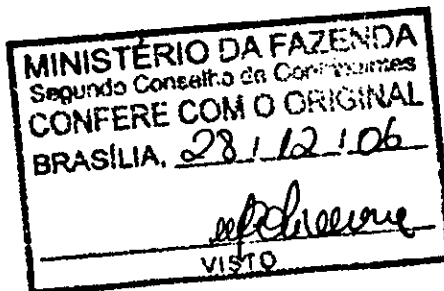
*Solicitação indeferida.”.*

Novamente irresignada, a interessada manifestou-se contrária a tal entendimento por meio do Recurso Voluntário, onde praticamente repete as argumentações apresentadas na fase impugnatória, aduzindo, desta feita que, ainda que fosse o caso de se iniciar o prazo de prescrição a contar do pagamento indevido, deveria ser aplicada a tese dos “cinco + cinco”, aliás, na linha do que foi decidido pelo STJ, conforme as decisões que cita.

Acrescenta ainda que, diferentemente do entendimento esposado pela DRJ de Ribeirão Preto no Acórdão recorrido, os documentos juntados com o pedido de restituição comprovam inequivocamente os valores pagos a título de PIS nos termos dos DL declarados inconstitucionais.

É o Relatório.





## Voto

Conselheiro ODASSI GUERZONI FILHO, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e preenche as demais condições de admissibilidade, merecendo ser conhecido.

Como visto, o presente caso envolve a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-Leis n.ºs 2.445 e 2.449, de 1988, relevando ressaltar a inexistência de ação judicial reconhecendo direitos à interessada.

Tendo sido negado o direito à restituição, prejudicadas restaram as compensações efetuadas pelo sujeito passivo, as quais, portanto, não foram homologadas.

Quanto ao mérito, o Acórdão considerou que os demonstrativos de cálculos e documentos trazidos aos autos pela interessada não lograram demonstrar a certeza e liquidez dos créditos pleiteados.

### **Decadência – Restituição pagamentos DLs n.ºs 2.445 e 2.448 de 1988**

No que se refere ao prazo para se formular o pedido de restituição, a DRJ, com base no CTN, artigo 165, inciso I, combinado com o artigo 168, *caput* e I e 150, § 1º, no Parecer PGFN/CAT/Nº 550, de 1999, e no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999, interpretou que o prazo para repetição do indébito é de cinco anos, iniciando-se na data do pagamento indevido. Assim, levando em conta que o pedido de repetição fora formulado em 28 de setembro de 2000 e que o pagamento tido como indébito fiscal reclamado mais recente ocorrera em 22 de novembro de 1993, concluiu que o direito à restituição de todos os pagamentos foi fulminado pela decadência.

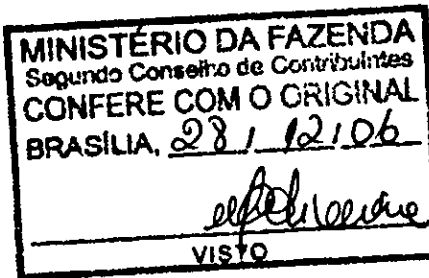
É dessa forma que entendo deva ser resolvida a questão, não obstante a existência de opiniões em sentido diverso, aliás, em mais de uma direção e sob os mais variados argumentos.

A repetição do indébito tributário está tratada nos artigos 165 a 169, do CTN, relevando destacar o neles o seguinte, *verbis*:

*“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:*

*(...)”*



*"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;"(grifei)*

De outra parte, no § 1º do artigo 150, consta que nos casos cujo lançamento se dá por homologação – como é o caso do PIS - o pagamento, feito antecipadamente pelo sujeito passivo ao qual a legislação atribua o dever de fazê-lo sem prévio exame da autoridade administrativa, extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de ulterior homologação.

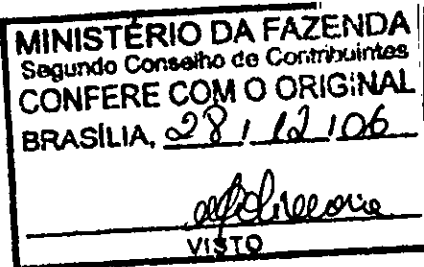
Desta forma, não é o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data de pagamento, que determina o momento de extinção do crédito tributário; é o próprio pagamento. Nem levarei adiante a discussão de que o CTN poderia ter sido mais claro ao tratar do assunto, já que, na modalidade de lançamento por homologação, da forma como está redigida a matéria que dele trata, fica-nos a impressão de que não há crédito tributário algum a ser extinto, visto que ainda não lançado. Assim, diante de uma antecipação (pagamento) à ação do Fisco (lançamento) feita pelo sujeito passivo, sobreviria o pronunciamento da Fazenda Pública (apurando a base de cálculo, aplicando a alíquota, atestando a data de vencimento etc.), homologando ou não aquele lançamento antecipado, e, no mesmo momento, constituindo o "lançamento" de um crédito inexistente, visto que pago. Estamos diante, portanto, de uma modalidade de tributo sem lançamento.

Mas, retornando ao ponto central da discussão, tenho comigo que é o pagamento que extingue o crédito, iniciando-se, nesse momento, inclusive, a fruição do prazo de cinco anos que o sujeito passivo tem para repeti-lo, se for o caso. Ora, se pode o sujeito passivo, de imediato, exercer o direito à restituição, com base apenas no pagamento antecipado, ainda que pendente de homologação, não estaria corretamente equacionada a relação jurídica fisco-contribuinte se o curso do prazo do artigo 168 do CTN fosse submetido a outro termo que não seja o próprio pagamento antecipado, o qual, com apoio da legislação, para tal efeito, deve ser considerado como causa de extinção do crédito tributário. Sob tal prisma de análise, o prazo a que se refere o artigo 168 do CTN deve ser interpretado no sentido de que o contribuinte pode postular a restituição do tributo desde o momento em que efetuado o pagamento antecipado até o decurso do prazo de cinco anos.

Não é a condição resolutória que impede a eficácia imediata do ato (pagamento), mas apenas sujeita a sua validade, em caráter definitivo e vinculante para o Fisco, a um fato futuro e incerto que pode desconstituir-lhe a validade, com repercussão sobre a relação jurídica firmada. Assim, o pagamento antecipado, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não tem a sua eficácia inibida, tanto que no § 1º do artigo 150 expressamente menciona que há extinção do crédito tributário, embora não de modo definitivo.

Se não estava claro – e não estava mesmo, já que existem várias correntes de pensamento divergentes – agora temos o artigo 3º da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que, interpretando o inciso I do art. 168 do CTN, definiu, de uma vez por todas, o momento da ocorrência da extinção do crédito tributário:

*"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.*

Da obra “Direito Tributário Brasileiro”, de autoria de Luciano Amaro, Editora Saraiva, 11ª Edição, 2005, às páginas 427 e 428, extraio o seguinte comentário:

*“A restituição deve ser pleiteada no prazo de cinco anos, contados do dia do pagamento indevido, ou, no dizer inadequado do Código Tributário Nacional (art. 168, I), contados da ‘data da extinção do crédito tributário’.*

*Esse prazo – cinco anos contados da data do pagamento indevido – aplica-se, também, aos recolhimentos indevidos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em relação aos quais o Código prevê que o pagamento antecipado (art. 150) ‘extingue o crédito, sob condição resolútoría’ (§ 1º). O Superior Tribunal de Justiça, não obstante, entendeu que o termo inicial do prazo deveria corresponder ao término do lapso temporal previsto no artigo 150, § 4º, pois só com a ‘homologação’ do pagamento é que haveria ‘extinção do crédito’, de modo que os cinco anos para pleitear a restituição se somariam ao prazo de cinco anos que o fisco tem para homologar o pagamento feito pelo contribuinte. Opusemo-nos a essa exegese, que não resistia a uma análise sistemática, lógica e mesmo literal do código. O art. 3º da Lei Complementar n. 118/2005, à guisa de norma interpretativa (art. 4º, in fine), reiterou o que o art. 150, § 1º já dizia, ao estatuir que, para efeito do referido art. 168, I ‘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’.”*


Portanto, não há como se aceitar a tese de que no lançamento por homologação a extinção do crédito tributário se dá com a sua homologação, seja pelo decurso de prazo de cinco anos (tácita) ou por ato da autoridade administrativa (expressa), e que, a partir daí, ocorreria o início da contagem do prazo prescricional quinquenal. Essa formulação implica numa desatenção à ordem jurídica brasileira, que, desde o Império<sup>1</sup>, passando pelo Código Civil de 1916, pelo Decreto 20.910, de 6/01/1932 e Decreto-Lei nº 4.597, de 19/08/1942, vem consagrando a **prescrição quinquenal** contra a Fazenda Pública.

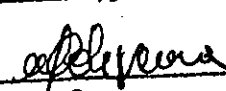
Assim, considerando que o sujeito passivo protocolizou seu pedido de restituição em 28/09/2000 (doc. fl. 1), todos os pagamentos constantes do referido pedido que tenham sido efetuados em período anterior a 28/09/1995, - o mais recente deles se deu em 22/11/1993-, não poderão ser restituídos, e, conseqüentemente, aproveitados em procedimentos de compensação, fulminados que foram pela decadência.

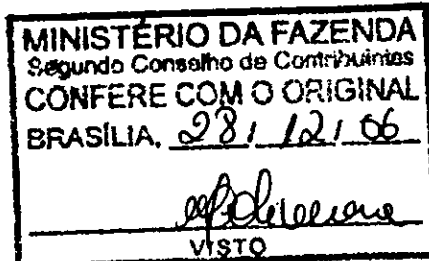
<sup>1</sup> “Art. 1º A prescrição de 5 anos posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841. com referência ao capítulo 209 do Regimento da Fazenda. a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição.”

Em face do exposto, voto por negar provimento ao recurso, prejudicada a questão de mérito.

Sala das Sessões, em 24 de agosto de 2006

  
ODASSI GUERZONI FILHO

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Segundo Conselho de Contribuintes  
CONFERE COM O ORIGINAL  
BRASÍLIA, 28 / 12 / 06  
  
VISTO



DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO  
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

O Recurso Voluntário da recorrente atende aos pressupostos para a sua admissibilidade, daí dele se conhecer.

Em preliminar, volto meus esforços para a análise de tormentosa questão, que alcançou este Colegiado de forma mais latente. Assim, com respeito a meus pares, passo ao exame da questão da aplicação do *dies a quo* para o reconhecimento, ou não, de haver decaído a recorrente do direito em pleitear a restituição/compensação da Contribuição ao PIS, nos moldes em que formulada nestes autos.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio de sua Primeira Seção, fixou o entendimento de que *"..., no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silencia 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."*<sup>2</sup>

Para aquele Tribunal Superior de Justiça, portanto, reconhecida é a restituição do indébito contra a Fazenda, sendo o prazo de decadência contando segundo a denominada tese dos 5+5, nos moldes em que acima transcrito.

Com a devida vênia àqueles que sustentam a referida tese, consigno que não me filio à referida corrente, pois, a meu ver, estar-se-á contrariando o **sistema constitucional** brasileiro em vigor que disciplina o **controle da constitucionalidade** e, conseqüentemente, os efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade.

A Corte Suprema, quando da declaração de inconstitucionalidade dos Decretos-leis n.ºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, proferida em sua composição Plenária, o fez por ocasião do julgamento de Recurso Extraordinário interposto por Itaparica Empreendimentos e Participações S.A. e Outros e em desfavor da União Federal.<sup>3</sup>

A meu ver e a despeito da decisão ter sido exarada pelo órgão Pleno do Supremo Tribunal Federal, os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade em comento, quando de seu trânsito em julgado, somente surtiu efeitos para as partes envolvidas naquela lide, pois promovida pela via de exceção.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Recurso Especial n.º 608.844-CE, Ministro José Delgado, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, acórdão publicado em DJU, Seção I, de 7/6/2004

<sup>3</sup> Recurso Extraordinário n.º 148754-2/RJ, Ementário n.º 1735-2

<sup>4</sup> "8. O sistema brasileiro de controle da constitucionalidade das leis

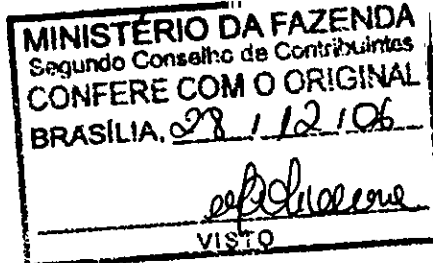
Temos no Brasil duas sortes de controle de constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação.

Em nosso sistema constitucional, o emprego e a introdução das duas técnicas traduzem de certo modo uma determinada evolução doutrinária e institucional que não deve passar desapercibida.

Com efeito, a aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais.

(...)

O controle por via de exceção é de sua natureza o mais apto a prover a defesa do cidadão contra atos normativos do Poder, porquanto em toda demanda que suscite controvérsia constitucional sobre lesão de direitos individuais estará sempre aberta uma via recursal à parte ofendida.



E nesses termos, já dissertava e interpretava Rui Barbosa o tema, ao afirmar que decisões proferidas pela via de exceção “... *deveriam adotar-se “em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes”*”.<sup>5</sup>

Aliás, e a bem ilustrar o acima afirmado, tem-se que na sistemática constitucional brasileira vigente, a declaração de inconstitucionalidade definitiva e em grau de Recurso Extraordinário, como na hipótese de que se está tratando, somente pode surtir efeitos *inter partes*<sup>6</sup>, e, não, *erga omnes*.

Pois bem, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade dos Decretos-leis n.ºs 2.445 e 2.449, de 1988, somente surtiu efeitos para Itaparica Empreendimentos e Participações S.A. e Outros e a União Federal. Assim, somente para Itaparica e Outros seria aplicável o entendimento de que é quinquenal – em razão da aplicação do artigo 168 do CTN -, o prazo para a repetição dos valores recolhidos a maior, a título da Contribuição para o PIS, a partir do trânsito em julgado de referida declaração própria; ou, então, para contribuinte que tenha ingressado com ação judicial e obtido manifestação judicial explícita a seu favor.

Para a hipótese desses autos e para os **demais contribuintes**, que não ingressaram em Juízo para discutir tal inconstitucionalidade, tenho que o prazo decadencial quinquenal deve ser contado (e observado) a partir da edição da Resolução n.º 49 do Senado Federal, aliás, como vem sendo acertadamente decidido por este Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda<sup>7</sup>.

E sustento e corroboro o entendimento deste Segundo Conselho de Contribuintes na afirmativa de que cabe ao Senado Federal “*suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*”, nos exatos termos em que vazado o inciso X, do artigo 52, da Carta Magna.

(...)

A) *A via de exceção, um controle já tradicional*

A via de exceção no direito constitucional brasileiro já tem raízes na tradição judiciária do País. Inaugurou-se teoricamente com a Constituição de 1891(45), que instituiu recursos ao Supremo das sentenças prolatadas pelas justiças dos Estados em última instância.

(...)” (*Curso de Direito Constitucional*, Paulo Bonavides, Malheiros Editores, 11ª edição, pgs. 293/296)

<sup>5</sup> op.cit. pg. 296

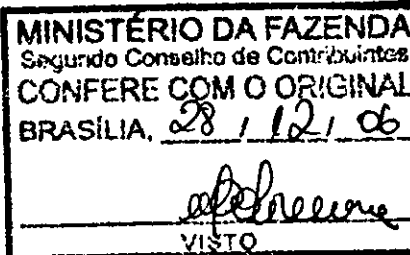
<sup>6</sup>“(...)”

O Tribunal, no exercício de sua função de aplicador do direito, deixa de aplicar em relação à *litis* a lei inconstitucional, o que, porém, não vem afetar sua obrigatoriedade em relação aos demais não participantes da questão levada à apreciação pelo Poder Judiciário, de tal forma que, continuando a existir e obrigar no universo jurídico, todas as pessoas que queiram que a elas se estenda o benefício da inconstitucionalidade já declarada em caso idêntico, devem postular sua pretensão junto aos órgãos do Poder Judiciário, para que possam eximir-se do cumprimento da mesma. Já que em nossa sistema as decisões judiciais têm seu alcance limitado às partes em litígio, salvo nos casos de declaração de inconstitucionalidade em tese, o que ainda será analisado posteriormente (44).

(...)” (*Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, ampliada e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, pgs. 112/113)

<sup>7</sup> “O direito de pleitear o reconhecimento de crédito com o conseqüente pedido de restituição/compensação, perante a autoridade administrativa, de tributo pago em virtude de lei que se tenha por inconstitucional somente nasce com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta, ou com a suspensão, pelo Senado Federal, da lei declarada inconstitucional, pela via indireta.” Recurso Voluntário n.º 120616, Conselheiro Eduardo da Rocha Schmidt, acórdão n.º 202-14485, publicado no DOU, I, de 27/8/2003, pg. 43.

*[Assinatura]*



Abrindo aqui um parênteses e ao contrário - e com o devido respeito ao que defende e vem sinalizando o Ministro Gilmar Mendes<sup>8</sup>, em diversas decisões monocráticas, por ele exaradas no exercício da magistratura no Supremo Tribunal Federal -, filio-me a corrente doutrinária que defende que a " ... nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na eficácia da lei(25)." <sup>9</sup>

E ao aderir a tal corrente doutrinária, observadora que é do sistema constitucional brasileiro, concluo que a declaração de inconstitucionalidade promovida por intermédio de decisão Plenária da Corte Suprema, que veio a se tornar definitiva com seu trânsito em julgado, somente passará a ter os efeitos de sua inconstitucionalidade (e aplicação) *erga omne*, a partir da legítima e constitucional suspensão pelo Senado Federal. Neste sentido, aliás, posicionam-se de forma firme José Afonso da Silva<sup>10</sup>, Paulo Bonavides<sup>11</sup>, Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>12</sup>, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> "(...). Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço, na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa dos interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo" (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub judge 20/21, 2001, p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. Já no primeiro quartel do século passado, afirmava Triepel que os processos de controle de normas deveriam ser concebidos como processos objetivos. Assim, sustentava ele, no conhecido Referat sobre "a natureza e desenvolvimento da jurisdição constitucional", que, quanto mais políticas fossem as questões submetidas à jurisdição constitucional, tanto mais adequada pareceria a adoção de um processo judicial totalmente diferenciado dos processos ordinários. "Quanto menos se cogitar, nesse processo, de ação (...), de condenação, de cassação de atos estatais - dizia Triepel - mais facilmente poderão ser resolvidas, sob a forma judicial, as questões políticas, que são, igualmente, questões jurídicas". (Triepel, Heinrich, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit VVDStRL, vol. 5 (1929), p. 26). (...). OU, nas palavras do Chief Justice Vinson, "para permanecer efetiva, a Suprema Corte deve decidir os casos que contenham questões cuja resolução haverá de ter importância imediata para além das situações particulares e das partes envolvidas" ("To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolutions will have immediate importance far beyond the particular facts and parties involved") (Griffin, op. cit., p. 34). De certa forma, é essa a visão que, com algum atraso e relativa timidez, ressaltou-se, a Lei nº 10.259, de 2001, busca imprimir aos recursos extraordinários, ainda que, inicialmente, apenas para aqueles interpostos contras as decisões dos juizados federais." (Recurso Extraordinário 360847/SC Medida Cautelar, DJU, I, de 15/8/2003, pg. 66)

<sup>9</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, José Afonso da Silva, Malheiros Editores, 22ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002, pg. 53

<sup>10</sup> op. cit., pgs. 52 a 54

<sup>11</sup> op. cit., p. 296

<sup>12</sup> op. cit., pgs. 102 a 116


<sup>13</sup> "(...). Isso ocorre, no Direito brasileiro, nos casos de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso. O Senado, como se verá, atua, em tal hipótese, suspendendo a eficácia da lei. Contudo, essa situação só ocorre porque o Supremo Tribunal Federal revela-se, a um só tempo, como Corte Constitucional e último tribunal na escala judicial. No caso específico de decisão proferida em sede de recurso extraordinário, atua como órgão último do Poder Judiciário, e sua decisão só produz efeitos *erga omnes* após a manifestação do Senado. Já, quando atua como Corte Constitucional, fiscalizando direta e abstratamente a constitucionalidade das leis, sua decisão independe de manifestação senatorial para a produção dos efeitos típicos. Existindo esse controle concentrado da constitucionalidade, não haveria sentido em reconhecer-se a permanência da norma no sistema após o reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo órgão próprio, por meio de ação específica." (*As Tendências do Direito Público - No Limiar de um Novo Milênio*, Celso Ribeiro Bastos e André Ramos Tavares, Editora Saraiva, pgs. 94/95)

*[Assinatura]*

Ademais, uma vez feitos esses esclarecimentos, tenho forte convicção de que na hipótese em comento, face minhas afirmativas de que esse prazo seria quinquenal, e não decenal como afirma o STJ, ainda há de observarmos a disposição contida no artigo 168 do CTN, em consonância com a norma constitucional do inciso X, do artigo 52, da Carta Magna, flagrantemente desconsideradas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a recorrente a meu ver faz jus a repetir a tudo quanto indevidamente recolhido a título do PIS, uma vez que seu pleito foi formulado 28/9/2000, antes, portanto, de 10/10/2000.

Sala das Sessões, em 24 de agosto de 2006.

  
DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

