



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

Processo nº 13871.000030/00-28
Recurso nº 333.342 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-01.364 – 3ª Turma
Sessão de 04 de abril de 2011
Matéria Restituição Cota Café - - prescrição
Recorrente Fazenda Nacional
Interessado Coop. Agrária dos Cafeicultores de Votuporanga - Coacavo

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1988 a 31/03/1989

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

O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data. **Recurso Provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em dar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente Substituto e Relator

EDITADO EM: 13 de julho de 2011

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Nanci Gama, Judith do Amaral Marcondes Armando, Rodrigo Cardozo Miranda, Gilson Macedo Rosenberg Filho, Gileno Gurjão Barreto, Rodrigo da Costa Pôssas, Maria Teresa Martínez López, Susy Gomes Hoffmann e Henrique Pinheiro Torres.

Relatório

A decisão *a quo* assim descreveu os fatos:

Em 27 de março de 2000, a recorrente Cooperativa Agrária dos Cafeicultores de Votuporanga COACAVO apresentou pedido de restituição de valores recolhidos no período de outubro de 1988 e março de 1989, a título de quota de contribuição ao instituto brasileiro do café, instituída pelo Decreto-lei n.º 2.295/86, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade da referida contribuição proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do RE n.º 191.044-5/SP, acrescidos de correção monetária plena e com a inclusão dos expurgos inflacionários ocorridos no período atualizados até o efetivo benefício da empresa contribuinte.

Aduz o contribuinte, em resumo que:

a União Federal por intermédio do Decreto-lei n.º 2.295/86, constituiu a quota de contribuição ao IBC, estabelecendo as condições e os limites da referida contribuição deixando por conta do Poder Executivo a fixação de seu valor;

destaca-se que referida exação na forma em que foi instituída era constitucional durante o período em que vigeu mas, em decisões definitivas o STF declarou a inconstitucionalidade da referida contribuição tendo o contribuinte o direito legítimo e certo de recuperar as importâncias que indevidamente pagou;

ressalta-se que todos os pedidos de restituição de tributos ou contribuições administrados pela SRF, serão apreciados pela autoridade administrativa, com exceção as restituições decorrentes de IRPF e restituições de receitas não administradas pela SRF ou ainda, aquelas não contempladas no art. 2º da IN 21/97;

a administração desses tributos não envolve a fixação de alíquotas muito menos a gestão dos recursos, restando demonstrar que a quota de contribuição do café efetivamente era dirigida, supervisionada, orientada, coordenada, fiscalizada, lançada, cobrada, arrecadada, recolhida e controlada pela SRF;

a administração, arrecadação e fiscalização da quota de contribuição do café, nos termos da Portaria Interministerial n.º 183/80, dos Ministros da Fazenda e do Planejamento e nas Instruções Normativas 73/87e 12/90 do Secretario da Receita Federal, eram de competência da Secretaria da Receita Federal, pelo que esta autoridade pode e deve apreciar o presente pleito;

em análise do acórdão 303-27.453 do Terceiro Conselho de Contribuintes, verifica-se que a própria Secretaria da Receita Federal por meio de auditor fiscal, autuou a empresa exportadora de café pelo não recolhimento da contribuição, onde o levantamento das infrações resultou de auditoria prévia realizada junto ao IBC, em conjunto com os controles do sistema de arrecadação da SRF;

uma vez demonstrado que a administração da quota de contribuição do café competia à SRF, descabe qualquer consideração acerca da extinção de referido tributo com vistas a

isentar a administração do dever de restituí-lo, pois nenhum veículo normativo estabeleceu restrição não cabendo ao administrador fazê-lo se a Lei não restringe;

quanto as DRJ's, no âmbito de sua competência com base no Parecer PGFN/CRE nº. 948/98, devem afastar a aplicação da Lei declarada inconstitucional pelo STF, as DRF's no âmbito de sua competência pelas mesmas razões devem dar igual tratamento pela simples razão de que ambas autoridades embora exerçam competências distintas, estão submetidas a uma mesma autoridade;

em relação a inconstitucionalidade, a quota de contribuição ao IBC devida na exportação de café, estava sujeita a todos os princípios constitucionais, especialmente o da legalidade, de tal sorte que a delegação de sua instituição a ente do Poder Executivo se mostrava impossível;

ressalta-se que não deve ser alegado que o prazo decadencial já tenha se esgotado, uma vez que o prazo de cinco anos para o contribuinte reaver os valores indevidamente recolhidos só começará a contar a partir da publicação da Resolução do Senado ou a partir da edição de ato específico do Secretário da Receita Federal;

caminha a jurisprudência administrativa para o entendimento doutrinário de que a contagem do prazo para o contribuinte pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos exsurge com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, haja vista ser este o fato que fez surgir o indébito;

o STJ também já firmou entendimento de que o prazo para repetição de indébito em matérias de tributos inconstitucionais, somente começa a ser contado a partir da data de declaração de inconstitucionalidade da Lei em que se fundamentou a cobrança do tributo questionado;

quanto a atualização monetária, tem o contribuinte o direito de atualizar os valores pagos de acordo com a Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR nº. 08/97, mas como referida norma não incorporou em seus índices os efeitos dos denominados Planos Verão e Collor, a planilha elaborada pelo contribuinte foi embasada na variação dos índices oficiais de inflação, pela Taxa Selic e em face da melhor Doutrina e jurisprudência Judiciária e Administrativa;

o STJ vem formando jurisprudência sobre a matéria, fruto evidente do meio ambiente inflacionário em que no Brasil se viveu enterrando de vez o princípio nominalista, que vem estendendo a correção monetária a toda e qualquer questão judiciária, não no sentido de vê-la como um preceito condenatório, mas tão somente como sendo o único meio de resguardo da integral satisfação do débito;

na visão do Poder Judiciário, a correção monetária é devida não apenas em face do Estado exigi-la na liquidação de seus

créditos, mas sim em razão de se tratar de um imperativo ético jurídico;

a OTN e o BTN, não se prestam como índices de atualização monetária, mas sempre foram alimentados pelo IPC do IBGE, ou seja, variavam de acordo com a variação do IPC do IBGE, sendo este o verdadeiro índice de atualização;

embora todo este tempo tenha se mantido tais planos como índice de atualização desse títulos, o Governo Federal no contexto dos sucessivos planos econômicos que baixou destacando-se o Plano Verão e o Plano Collor, expurgou parte da inflação então ocorrida, motivando inúmeras discussões judiciais;

já a TR, apesar de ter sido inicialmente instituída como índice de atualização monetária, foi julgada pelo STF como taxa referencial de juros que conseqüentemente negou a sua utilização como indexador inflacionário;

derrotado por sua pretensão, o Governo Federal por intermédio da Lei 8.218/91, deu a TR o seu efetivo rótulo passando a tratá-la como taxa de juros e reconhecendo a sua inaplicabilidade em tributos vincendos onde continuou a exigi-la contudo, como taxa de juros no pagamento de tributos em atraso;

os direitos e garantias fundamentais dos quais se sobressai o princípio da isonomia ou equidade são conferidos aos tutelados pelo Estado contra possíveis desmandos por ele praticado onde o destinatário dos direitos e garantias fundamentais e dos demais princípios específicos aplicáveis ao direito tributário, são os indivíduos e os contribuintes, jamais o Estado.

Para corroborar sua tese, colaciona vasta doutrina, jurisprudências e decisões do Conselho de Contribuintes.

Pelo exposto, requer a restituição com base na moeda de março de 2000.

Anexa documentos as fls. 33/320.

Encaminhados os autos a Delegacia da Receita Federal em São José do Rio Preto – SP, em Despacho Decisório (fls. 322/326), foi indeferido o pleito do contribuinte, em decisão assim ementada:

DESPACHO DECISÓRIO. Quota de Contribuição ao Instituto Brasileiro de Café. Inconstitucionalidade do Decreto-lei nº. 2.295/86. Recolhimentos efetuados entre 05/10/1988 e 29/03/1989. Pedido de restituição. Decisão do STF, sem eficácia erga omnes. Pedido formulado após o decurso de prazo previsto no art. 168 do CTN. INDEFERIDO.

Irresignado com tal decisão, o contribuinte apresentou sua manifestação de inconformismo (fls. 333/348) reiterando todos os argumentos, fundamentos e pedidos apresentados em seu pedido de restituição, ressaltando que “a contagem do prazo para o contribuinte pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos exsurge com a declaração de

inconstitucionalidade pelo STF, haja vista ser este o fato que fez surgir o indébito.”

Diante dos fatos, requer o deferimento do pedido de restituição na forma pleiteada.

Anexa documentos as fls. 349/548.

Encaminhado os autos a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, esta entendeu pelo indeferimento do pedido de restituição (fls. 556/563), nos termos da seguinte ementa:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/10/1998 a 31/03/1989

Ementa: QUOTAS DE CONTRIBUIÇÃO AO INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ-IBC. INCONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS.

Tendo sido a declaração de inconstitucionalidade obtida via controle difuso, e inexistindo ato geral suspendendo a eficácia da lei e tampouco ato específico do Secretário da Receita Federal com tal finalidade, seus efeitos restringem-se aos participantes da ação judicial, não produzindo efeitos “erga omnes”.

RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo (que teria sido) pago indevidamente extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida.

Irresignado com a decisão singular o contribuinte apresenta tempestivo Recurso Voluntário, fls. 568/591, reiterando todos os argumentos e fundamentos do pedido de restituição e inconformismo e ainda, alega em suma, que:

(I) não deve ser sustentado que não teria o STF declarado a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº. 2.295/86 em sua origem, ainda que sob a égide da CF/67, haja vista que este entendimento pode ser claramente depreendido dos votos que compuseram aquele julgamento plenário, o que se torna ainda mais forte quando conhecidas as citadas remissões à inconstitucionalidade originária da contribuição ao IBC efetuadas tanto no julgamento do IAA quanto do antigo salário educação;

(II) quanto ao inequívoco entendimento do STF quanto à inconstitucionalidade da Contribuição à quota de café, a autoridade de origem houve por bem levantar o fato de que as decisões prolatadas pelo STF produziram efeitos apenas entre as partes não tendo até o momento notícia de edição de Resolução

do Senado suspendendo a exação da referida contribuição, argumentos esses equivocados e totalmente impertinentes ao caso em questão;

(III) considerando a presunção de constitucionalidade das Leis com base na qual a contestada obrigação foi recolhida pelo contribuinte, é incontornável a conclusão de que só com a declaração de inconstitucionalidade tal presunção pode ser elidida, surgindo então a lesão ao direito que dá ensejo a contagem da prescrição;

(IV) no caso do Finsocial a contagem do prazo para o pedido de restituição, iniciou-se da publicação da MP nº. 1.110/95, se encaixando perfeitamente no presente caso, ou seja, se contado o prazo da conversão da MP 219/2004 na Lei 11.051/2004, será legítimo o direito da recorrente de reaver tudo aquilo que pagou indevidamente sendo este o entendimento do Segundo Conselho de Contribuintes (AC nº. 201-76338).

Colaciona vasta doutrina e jurisprudência para o enriquecimento de sua tese.

Diante do exposto, requer seja deferido o pedido de restituição ora apresentado.

Não foram os autos encaminhados à Procuradoria da Fazenda Nacional para ciência do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, tendo em vista o disposto na Portaria MF nº. 314, de 25/08/1999.

Julgando o feito, a câmara recorrida deu provimento ao recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo, em acórdão assim ementado.

Pedido de restituição. Cota de contribuição sobre exportação de café. Decreto-lei 2.295/86. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Prescrição do direito de restituição. Inadmissibilidade. Dies a quo. Edição de ato normativo que dispensa a constituição de crédito tributário. Lei 11.051/04, de 29 de dezembro de 2004 (dou 30.12.04), art. 3º. Resolução senatorial nº. 28, de 21 de junho de 2005. Conhecimento de matéria não julgada em decisão anterior. CPC, arts. 515 e 516. Causa “madura” para julgamento. Princípio da verdade material. Duplo grau de jurisdição. Possibilidade de conhecimento da questão de fundo. Direito à restituição do que indevidamente recolhido a título da inconstitucional contribuição sobre operações de exportação de café. Expurgos inflacionários. Taxa SELIC. Aplica-se os expurgos pacificados no seio da jurisprudência, quais sejam, 42,72% (jan/89), 10,14% (fev/89), 84,32% (mar/90), 44,80% (abr/90), 7,87% (maio/90), e 21,87% (fev/91), bem como é devida a aplicação da taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1996, por força do artigo 39, parágrafo 4º, da lei 9.250/95.

Recurso conhecido e provido.

Cientificada do acórdão, a douta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional opõe embargos de declaração, os quais foram rejeitados por meio do despacho de fls. 652 a 658.

Irresignada, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial no qual se insurge contra o termo inicial do prazo de prescrição adotado pela câmara, contra a supressão de instância e contra a incidência dos índices referentes aos expurgos inflacionários..

A então presidenta da Câmara recorrida, por meio do despacho de fls. 686 a 690, admitiu o especial quanto ao termo inicial da contagem do prazo de prescrição, e, também, quanto à incidência dos índices referentes aos expurgos inflacionários. Não admitindo em relação à supressão de instância.

Inconformada com a não admissibilidade integral de seu recurso, a representante da Fazenda Nacional apresentou agravo de reexame (fls. 692 a 698), o qual foi acolhido pelo Presidente da Câmara Superior de Recursos, conforme despacho de fls. 706/707.

Regularmente intimada, a contribuinte não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele conheço.

A teor do relatado, a questão que se apresenta a debate diz respeito ao termo inicial do prazo para repetição de indébito. De um lado, a câmara *a quo* entendeu que esse termo seria a data de publicação do ato normativo que dispensou a constituição do crédito tributário, in casu, Lei 11.051/2004, de outro lado, a Fazenda Nacional defende que o termo *a quo* da prescrição em comento seria a data da extinção do crédito tributário pelo pagamento.

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

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

A Carta Política da República, de 1988, exigiu lei complementar para estabelecer normas gerais de prescrição e decadência

¹ Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

tributários, conforme se vê da alínea “b” do inciso III do art. 146.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I -

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

a)

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

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

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

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

a) de cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

b) de erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória nas hipóteses:

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

A exegese desse artigo não deixa margem a dúvida de que o prazo prescricional para repetição de indébito é de 05 anos. A celeuma que se instaurou na doutrina, e também na jurisprudência gira em torno do termo inicial da contagem do prazo. O art. 168² fixa duas datas distintas, como não poderia deixar de ser, para hipóteses também distintas. A primeira - data da extinção do crédito tributário – aplica-se aos casos previstos nos incisos I e II do art. 165 do CTN; e a segunda – data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou judicial ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado,

² Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, destina-se, exclusivamente, às hipóteses enumeradas no inciso II do mencionado art. 165.

A exegese, como todos sabem, é a arte de se extrair da norma o seu conteúdo por meio das técnicas de interpretação. Todavia, não pode ir além disso, ou seja, não pode extrair aquilo que não está na norma. O exegeta não pode criar, não pode inventar, tem que se ater ao comando normativo, sob pena de transformar-se em legislador positivo, usurpando competência que não lhe foi dada.

*Em outro giro, a lei complementar fixou, *numerus clausus*, os eventos que servem como data do termo de início da contagem do prazo prescricional de repetição de indébito – a extinção do crédito tributário que se pretende repetir, e da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória – afora essas duas hipóteses, nenhum outro dispositivo legal versa sobre o termo inicial da prescrição para repetir o indébito.*

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

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

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

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

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

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

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

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

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

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

Gize-se que nenhum tribunal pátrio abriga hoje em dia qualquer dessas teses inovadoras adotadas nos antigos Conselhos de

Contribuintes, já que o STJ, a partir de novembro de 2005, espancou qualquer tese que não tivesse como marco temporal da prescrição a data da extinção do crédito tributário, e consolidou a posição de que a decretação da inconstitucionalidade pelo STF ou a edição de resolução do Senado não exercem qualquer influência sobre a contagem do prazo de prescrição. Vejamos:

EResp na 435.835 / SC SC⁴:

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

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes sem que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

AgRg no REsp 852086 / RJ⁵:

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

I - Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita, em nada influenciando o termo inicial da prescrição, a declaração de inconstitucionalidade da exação, pelo STF, seja em controle difuso ou concentrado, conforme restou decidido no julgamento dos EREsp nº 435.835/SC, Rei. p/ acórdão Min. JOSÉ DELGADO, julgado em 24/03/2004.

REsp 841652 / PR⁶:

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

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

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

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

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

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

Recurso especial conhecido em parte e improvido.

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

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

Regina Maria Macedo Nery Ferrari⁷, apoiada na doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Melo⁸, leciona que a Resolução Senatorial que dá efeitos erga omnes à decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de lei teria efeito constitutivo e, nessa condição, somente após a publicação surtiria efeitos para as partes que não integraram o litígio.

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

Em qualquer caso, o efeito vinculante da declaração de inconstitucionalidade é, sob o aspecto temporal, logicamente posterior ao efeito da inconstitucionalidade em si: esta é ex tunc, desde a edição da norma; aquele só é vinculante a partir do ato do qual decorre, que é superveniente à norma inconstitucional [Essa linha de entendimento norteou o acórdão do Supremo

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

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

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

Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança 17.976, Relator Min. Amaral Santos (julgamento de 13.09.68), em cujo voto está dito que 'a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória'. Esclareceu o Min. Eloy da Rocha, na oportunidade, que 'a suspensão da execução da lei, pelo Senado, tem efeito ex nunc'].

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

REsp nº 547.744/MG¹¹:

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

*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)*

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

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

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

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

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

*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

¹² Publicado no DJ de 05/04/2004.

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

estará em curso prazo prescricional algum, mesmo que o recolhimento do tributo indevido tenha ocorrido há cinco, dez ou vinte anos.

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

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

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

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

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

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

Acontece porém, que, no caso dos autos, ainda que se considerasse a tese dos 5 mais 5, ainda assim, o direito à repetição do indébito objeto destes autos fora alcançado pela prescrição, posto que o período de apuração mais próximo refere-se a fatos geradores ocorridos em março de 1989, e o pedido de restituição foi protocolado em 27 de março de 2000, portanto, bem além dos dez anos previstos na tese dos 5 mais 5.

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

Com essas considerações dou provimento ao recurso apresentado pela Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres - Relator