



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13873.000116/2001-19
Recurso nº	133.038 Voluntário
Matéria	COTA DE CONTRIBUIÇÃO NA EXPORTAÇÃO DO CAFÉ
Acórdão nº	303-33.702
Sessão de	08 de novembro de 2006
Recorrente	TRICAFÉ COMERCIAL E EXPORTADORA DE CAFÉ LTDA.
Recorrida	DRJ/RIBEIRÃO PRETO/SP

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/11/1987 a 31/10/1988

Ementa: CONTRIBUIÇÃO PARA O IBC. NÃO DECADÊNCIA DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. LEI RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE E RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL SUSPENDEU A EXECUÇÃO DO DI 2.295/86. A decisão recorrida pretendeu desconhecer que as decisões exaradas pelo STF a respeito da matéria foram reiteradas, restando claro o entendimento firmado pelo plenário do STF como definitivo. Antes mesmo da edição da Resolução do Senado Federal nº 28, de 21.06.2005, publicada em 22.06.2005, houve a edição e publicação da Lei nº 11.051/04 (art.18, caput e inciso X), em 30.12.2004, data a partir da qual se considera a fluência do prazo prescricional. Afastada, pois, neste caso a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação.

NÃO DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA À INSTÂNCIA *A QUO*. Nosso ordenamento jurídico para dar efetividade ao princípio da economia processual albergou a possibilidade de que o Tribunal, nas causas que reúnam condições de julgamento imediato, possa decidir quanto à questão de mérito mesmo quando esta não tenha sido analisada em primeira instância. No caso, boa parte do mérito foi analisada na instância *a quo*, a tese de inconstitucionalidade da exação e a de decadência do pedido de restituição. Faltou outra parte quanto ao cálculo do valor do indébito. Neste caso está mais do que evidente que o princípio do duplo grau de jurisdição deve militar a favor do contribuinte e não para justificativa que possa ser esgrimida com caráter meramente protelatório

AOP

EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TAXA SELIC. APLICAM-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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, afastar a prejudicial de decadência do direito de pleitear a restituição, vencida a Conselheira Anelise Daudt Prieto. Por maioria de votos, afastar a preliminar de devolução do processo à autoridade competente para decidir as demais questões de mérito, vencidos os Conselheiros Nanci Gama, Tarásio Campelo Borges e Anelise Daudt Prieto. Por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário no que concerne ao direito à restituição. Quanto à correção dos valores a serem restituídos, por maioria de votos, dar provimento para aplicar os índices da NE n.º 8/97 com as seguintes alterações: jan/89-42,72%, fev/89-10,14%, mar/90-84,32%, abr/90-44,80% e mai/90-7,87%, vencidos os Conselheiros Zenaldo Loibman, Tarásio Campelo Borges e Anelise Daudt Prieto, que aplicavam, tão somente, os índices constantes daquela norma. Designado para redigir o voto o Conselheiro Nilton Luiz Bartoli.



ANELISE DAUDT PRIETO

Presidente



NILTON LUIZ BARTOLI

Relator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Silvio Marcos Barcelos Fiúza, Marciel Eder Costa e Sergio de Castro Neves.

Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição do contribuinte identificado em epígrafe, formalizado em 02.05.2001, em razão, segundo o requerente, de pagamento indevido da Contribuição sobre Operações de Exportação de Café no período entre novembro/1987 e outubro/1988, consoante cópias de DARF às fls.22/28, em face da declaração de inconstitucionalidade do DI 2.295/86 pelo STF (RE 191.044-5-SP e outros). Segundo a requerente a importância indevidamente recolhida em valor atualizado até o mês do pedido soma R\$ 189.924,51, conforme planilhas de fls. 04/06. Instruem o pedido de restituição os documentos de fls. 02/33.

A DRF/Bauru por meio do despacho decisório de fls.36/39, de 21.05.2003, indeferiu o pedido assentado nos seguintes motivos:

- a) *A decisão judicial aludida produz efeitos apenas entre as partes integrantes da ação, não possui eficácia erga omnes.*
- b) *ocorreu decadência do direito de pleitear a restituição, depois de cinco anos contados da extinção do crédito tributário, com fulcro nos artigos 165, I e 168, I do CTN.*

Cientificada da decisão em 02.06.2003 (fls.42), a interessada apresentou sua manifestação de inconformidade, às fls.44/64, resumida nos seguintes termos:

1. *No julgamento do RE 191.044-5(SP) ficou estabelecida a não recepção do DI 2.295/86 pela Constituição, daí não fazer sentido o despacho decisório exigir Resolução do Senado Federal ou Ato do Secretário da Receita Federal.*
2. *O efeito geral erga omnes da decisão do STF deveria ser assegurado em vista da definitividade que caracterizou os pronunciamentos daquela Corte, firmando serem indébitos os valores recolhidos a título de "Quota de Contribuição sobre a Exportação de Café".*
3. *No caso de indébitos reconhecidos por decisão definitiva do Poder Judiciário, a data desta é que representa o termo inicial para contagem do prazo decadencial do direito de pleitear a restituição.*
4. *No caso, não cabe a aplicação do ADN SRF 96/99, tendo em vista preceitos constitucionais e o CTN, além de entendimento jurisprudencial e administrativo.*
5. *O art.77 da Lei 9.430/96 e o art.4º do Decreto 2.346/97 autorizam ao Poder Executivo deixar de aplicar dispositivos declarados inconstitucionais, devendo adotar o entendimento materializado pelos tribunais superiores, STJ ou STF.*

Requer o reconhecimento de seu direito à restituição de valores indevidamente recolhidos a título de quota-café, com os acréscimos legais devidos.

A DRJ/Ribeirão Preto, por sua 5ª Turma de Julgamento, decidiu por unanimidade indeferir a solicitação, nos exatos termos postos às fls.69/77. O acórdão foi resumido na seguinte ementa:

" Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de Apuração: 01.11.1987 a 31.10.1988

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 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".

A DRJ conclui assim que o prazo decadencial de cinco anos é contado da data da extinção do crédito tributário, ou seja, da data dos recolhimentos assinalados pelo contribuinte como indébitos, com base no art. 156, I c/c art.150, §1º, do CTN. O pedido foi protocolado em 02.05.2001, e, portanto, teria decaído o direito de pedir a restituição. Destacou que este era o entendimento oficial da SRF exarado em 26.11.1999, pelo ADN 96/99, o qual deve ser observado nas decisões administrativas de primeira instância, por dever de disciplina e hierarquia.

Irresignada a interessada apresentou tempestivo recurso voluntário dirigido ao Conselho de Contribuintes conforme se vê às fls.82/119, no qual além de rearticular as razões aduzidas na fase de impugnação, procura reforçar os seguintes aspectos:

1. *Deve haver extensão das decisões plenárias do STF aos órgãos julgadores administrativos. Mas, quanto a isto a decisão recorrida levanta duas questões centrais: a primeira, necessidade de Resolução do Senado federal para suspender a execução do DI 2.295/86; a segunda, ausência de declaração de inconstitucionalidade de DL, posto que a decisão do STF foi em meio ao controle difuso.*

2. *A decisão recorrida, com a devida vênia, está equivocada. Na jurisprudência cristalizada no STF, a rigor, não há controle de constitucionalidade de normas anteriores à Constituição Federal. No caso do DI 2.295/86 a Suprema Corte assentou a sua não recepção, o que está gravado inclusive na ementa do aresto referente ao RE 191.044-5. Ora, assim não se deveria esperar a expedição de Resolução do Senado exigida na decisão recorrida. A não-recepção equivale a uma revogação do referido DI. Quanto ao efeito geral das decisões do STF. Em primeiro lugar, é indiscutível que as decisões do Pleno do STF têm marca de definitividade. Não fosse assim não*

garantiriam/não restaurariam a segurança jurídica sob a guarda da mais elevada Corte. Tratando-se, no caso, de um juízo de não recepção constitucional da norma, não tem sentido exigir novas decisões do Pleno para referendar tal revogação do DI 2.295/86. O Parecer PGFN 948/98 acertadamente reconhece que esse tipo de decisão do STF, mesmo em meio ao controle difuso, deve ser entendido com efeito erga omnes dada a definitividade da decisão do Pleno, que exterioriza indébito vinculado à chamada quota-café.

3. *Ainda com relação ao efeito erga omnes da referida decisão do STF. A doutrina abalizada de Marco Aurélio Greco registra que "embora a decisão 'incidenter tantum' não produza efeitos diretos em relação aos demais contribuinte, produz um relevante efeito em relação à própria lei ou ato normativo (e à sua imperatividade), pois retira sua presunção de constitucionalidade. A partir do momento em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade de uma lei, embora não tenha havido nenhum ato geral suspendendo sua execução ou reconhecendo o direito dos demais contribuintes, não se pode negar que a lei perdeu a presunção de validade que a cercava" (Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição do Indébito, Dialética, pp.72/73).*

4. *Quanto o prazo decadencial, diante da decisão plenária do STF. É a decisão do STF que marca o termo inicial para o exercício do direito de restituição objeto deste processo. A decisão recorrida apresenta como único fundamento em contrário o princípio da hierarquia funcional, ou seja, as DRJ's se vinculam aos atos expedidos pela SRF, que é a única justificativa para a aplicação indevida do ADN SRF 96/99 ao caso, ignorando torrencial jurisprudência em sentido contrário. Tal argumento, por evidente, não pode prevalecer perante o Conselho de Contribuintes, que por sua independência e nobre missão de uniformizar a aplicação da lei segundo o entendimento dominante nas Cortes Superiores do Poder Judiciário, está subordinado unicamente à lei, e não aos atos da SRF.*

5. *Registra-se que outra objeção colocada na decisão recorrida diz respeito ao prazo decadencial do direito de pedir restituição, uma vez que o mérito da questão por certo foi definida pelo E. STF. Pretende a DRJ que a data do recolhimento do indébito seja tomada por termo inicial do prazo decadencial, como previsto no art. 168, I, do CTN, mesmo quando o caso seja de lei declarada inconstitucional. Ora, a caracterização de indébito em relação ao que antes era tido como tributo só ocorreu a partir da decisão definitiva do STF acerca da matéria, o que em geral acontece em data muito distante daquela em que ocorreu a extinção da "obrigação" pelo pagamento. Por isso é que a contagem só deve começar a partir da perda de presunção de constitucionalidade da lei inconstitucional. A matéria foi enfrentada em várias oportunidades pelo Conselho, e como paradigma, trazemos o voto proferido na 8ª Câmara do primeiro Conselho com relação ao Ac. 108-05.791, em 13.07.99, Rel. José Antônio Minatel (transcrição às fls. 106/108). Escorado em renomados doutrinadores, a mesma 8ª Câmara do Primeiro Conselho, no Ac.108-06.283, em 08.11.2000, Rel. José Henrique Longo, ficou assentado que o prazo decadencial de cinco anos, nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei pelo STF, começa a contar da data do trânsito em julgado da decisão*

proferida em ação direta ou da publicação de Resolução do Senado Federal que suspendeu a lei com base na decisão proferida no controle difuso. Assim no caso da CSLL do ano de 1988, cuja norma legal foi suspensa pela Resolução 11/95, o prazo extintivo do direito tem início na data de sua publicação, 4 de abril de 1995. Cita outros acórdãos em apoio à sua tese: Ac. 106-11.582, de 20.10.2000, Rel. Luiz Fernando Oliveira de Moraes, que por muito tempo honrou os quadros da PFN, sendo inclusive seu representante perante o Conselho de Contribuintes, o Ac. 303-29.43 (recurso 120.653), Rel. Zenaldo Loibman, em 17.10.2000. E outros (fla.106/113)

6. *Há outra razão para a reforma da decisão recorrida. A Lei 11.051/2004 modificou a redação da Lei 10.522/02, acrescentando-lhe o inciso X assim:*

“Art.18. Ficam dispensados a constituição de créditos da fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da união, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição relativamente:.

(..)

X – à cota de contribuição revigorada pelo art.2º do Decreto-lei nº 2.295, de 21 de novembro de 1986 (Incluído pela Lei 11.051, de 2004)”

7. *Assim a mesma lei que serviu de suporte para deferimento de inúmeras restituições de Finsocial, entendimento absolutamente pacificado no Conselho de Contribuintes, contém agora o ato necessário para a exteriorização do direito de repetição do indébito da Quota- Café. Assim, para ser a administração fazendária coerente o termo de início do prazo decadencial deve ser a data de publicação da Lei 11.051/04 na imprensa oficial, pois significa o reconhecimento expresso da Fazenda nacional de inexistência da obrigação tributária.*

8. *É de se registrar que a Administração Pública reconheceu o direito à restituição dos tributos declarados inconstitucionais. O Chefe do Poder Executivo ao vetar o §1º do art.1º da Lei 10.736/2003, reconheceu em caráter geral, como legítima e necessária, a devolução dos tributos pagos indevidamente em razão de ulterior declaração de inconstitucionalidade pelo STF. A seguir se transcreve a redação das razões do veto presidencial, publicadas no DOU de 16.09.2003:*

“(..)

Portanto, é injurídico o disposto no §1º do art.1º do projeto, acerca da vedação de eventual restituição de diferença decorrente de inconstitucionalidade declarada, dispositivo que, por isso mesmo deve ser vetado. Ora, negar a devolução de valor cobrado ilegalmente àquele que cumpriu a lei – a despeito dela ter sido declarada inconstitucional – além de injurídico implicaria burla à decisão do Supremo Tribunal. (grifos e desataques acrescidos, cópia em anexo).

9. *Grande lição, que por estar assinada pelo Presidente da República vem atender ao disposto no art.77 da Lei 9.430/96, servindo como norma geral para a hipótese a qual se enquadra o caso concreto, nos termos do §3º do art.1º do Decreto 2.346/97 que regulamenta o*

art.77 da Lei 9.430/96. Junta-se Parecer da lavra de JOSÉ ANTÔNIO MINATEL, doutor em Direito Tributário pela PUC-SP, que aborda ainda outras questões sobre o tema (fls.137/161).

Pede, com base no art.59, §3º do Decreto 70.235/72 que se superando a questão preliminar acerca do prazo para exercício de restituição, seja de imediato reconhecido o direito creditório do contribuinte, na linha da jurisprudência pacífica vigente em todas as Câmaras do E. Conselho de Contribuintes. Pede, pois, o reconhecimento de seu direito de restituição/compensação do indébito nos valores comprovados nestes autos, acrescido de atualização monetária, expurgos consignados na planilha e juros pela taxa SELIC, na forma consagrada pela jurisprudência.

Registra-se que em 12.09.2005 foi protocolado pelo interessado perante a Secretaria do Terceiro Conselho de Contribuintes o documento juntado às fls.165/168, referente a pedido de juntada de cópia da Resolução do Senado Federal nº28, publicada no DOU em 22.06.2005, que suspende a execução dos arts.2º e 4º do DI nº 2.295/86, em virtude de declaração de inconstitucionalidade em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 408.830-4 – Espírito Santo.

É o Relatório.



Voto Vencido

Conselheiro ZENALDO LOIBMAN, Relator

A matéria é da competência do Terceiro Conselho e estão presentes os requisitos de admissibilidade do recurso voluntário.

A DRJ, em seu acórdão, entendeu haver impedimento de julgamento do mérito pela imposição de duas questões preliminares: a decisão judicial pelo STF, em meio ao controle difuso produziu apenas efeitos entre as partes, e segundo, houve decadência do direito de pleitear a restituição de indébito. A meu ver, s.m.j., não se tratam de questões preliminares ao mérito, mas sim questões prejudiciais de mérito.

Ora, a decisão do STF no RE mencionado considerou o Decreto não recepcionado pela CF/88. *Data venia*, é hoje incontestado o entendimento firmado pelo STF quanto à inconstitucionalidade da quota de contribuição sobre a exportação de café mesmo em face da EC 01/69, ou seja, de que já era a exação inconstitucional perante a Constituição anterior, ou seja, desde a sua edição.

Não se pode desconhecer que as decisões exaradas pelo STF a respeito dessa matéria não se resumiram ao RE citado, houve outros posteriores, o que deixa claro que tal entendimento não se resumiu a um comentário marginal de um dos ministros, mas sim veio a ser o entendimento firmado pelo Plenário do STF a respeito da tal contribuição. Daí, é que resulta a insuficiência do argumento que pretende reduzir os efeitos da interpretação dada oficialmente pelo STF acerca de que o DI 2.295/86 não poderia ser recepcionado pela Constituição de 1988, dada a sua inconstitucionalidade já em face da Constituição anterior, portanto, nada havia para ser recepcionado.

Quanto à alegação de decadência. Há duas correntes mais freqüentemente mencionadas que sustentariam a tese de decadência do direito de pedir a restituição : (a) a de que o termo de início desse prazo decadencial se inicia a partir da data do pagamento da exação, que extinguiu a obrigação, contando-se 5 anos dessa data, com base no art. 168 do CTN (como fez a decisão recorrida); (b) entendimento recente do STJ afirma que o prazo é de cinco anos a contar da data de homologação do pagamento, efetiva ou tácita.

Começemos por analisar o entendimento exarado pelo E. Superior Tribunal de Justiça.

Com todo o respeito à veneranda Corte que já produziu diversos e dispares entendimentos quanto à matéria, não resta claro que algum deles esteja realmente firmado, ainda mais porque este recente, agora analisado, *data venia*, parece carecer do fôlego necessário para o enfrentamento da questão.

A famosa tese dos dez anos, ou melhor, de até dez anos como prazo para verificar a decadência para tributos cujos pagamentos estão sujeitos a homologação, já foi sustentada, já foi desprezada, e agora volta a ser empunhada de maneira temerária.

De plano, deixando de lado possível dúvida de que a quota-contribuição, *sub examine*, seja tributo sujeito a homologação, diga-se que a tese dos dez anos viria ao encontro

da posição defendida na instância administrativa *a quo*, posto que indica que o prazo decadencial, na verdade, é de cinco anos, apenas que sendo contado a partir da homologação, efetiva ou tácita, faria com que o prazo na prática pudesse ser eventualmente estendido até dez anos a contar do pagamento indevido. Forçando, indevidamente, a fixação do evento pagamento como termo inicial.

Há, s.m.j., equívoco na tese original. Antes, porém, falemos de um acerto. O acerto é quanto a ser **sempre de cinco anos o prazo decadencial no CTN** (no máximo, podendo lei ordinária fixar prazo menor). Porém se, quanto a tributo com pagamento sujeito a homologação, for esgotado o prazo de cinco anos sem homologação expressa, ocorre a tácita, o que equivale a que se considere o pagamento efetuado válido e irretocável por via de lançamento; e nesse caso, confirmado o recolhimento como correto, o prazo de cinco anos se conta a partir do próprio pagamento.

No caso de haver dentro do período de cinco anos do recolhimento procedimento de fiscalização que verifique a insuficiência do pagamento, não há extinção da obrigação e a partir da constatação pela autoridade fiscal, com lançamento de ofício, passa a correr cinco anos para a cobrança do saldo devido.

De onde se conclui, *permissa venia*, pela fragilidade da tese original do egrégio STJ, ou seja, num caso, de homologação tácita, o prazo decadencial quanto à possibilidade de correção de ofício, é de cinco anos a contar do pagamento, e no outro caso, de **não homologação expressa**, por registrar insuficiência de pagamento, o prazo prescricional para a cobrança do saldo de tributo devido é de cinco anos a partir do lançamento de ofício.

Forçoso é mais uma vez afirmar que a rigor não existe lançamento por homologação, a homologação de que se fala se refere a pagamento antecipado de tributo nos casos previstos na lei, sujeitos a exame do fisco no prazo de cinco anos. Feito o lançamento de ofício não há mais que se falar em decadência, que aqui se refere ao direito de lançar, mas sim em prescrição do direito de cobrar, que salvo disposição em lei que estabeleça prazo menor, será de cinco anos conforme o CTN.

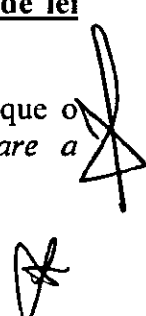
Portanto, seja de prescrição ou de decadência (discussão que a partir do novo Código Civil perdeu o sentido) o prazo a que se deve sujeitar o contribuinte para requerer repetição do indébito, esse prazo será no máximo de cinco anos, restando definir o termo de início de contagem desse prazo.

Entendo que as previsões normativas dispostas nos arts. 165 e 168 do CTN não se referem ao caso em julgamento.

Referem-se a restituição de pagamento indevido por erro, pagamento feito espontaneamente, porém indevido ou realizado a maior diante da legislação vigente, ou que tenha incorrido em erro de cálculo, ou por reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Nada disso ocorreu no caso concreto. Em resumo, **o CTN não disciplina a situação de repetição de indébito a partir de declaração de inconstitucionalidade de lei tributária.**

Por outro lado, é comum que as Delegacias de Julgamento apontem que o Decreto 2.346/97 estipula: *“transitada em julgado decisão do STF que declare a*



inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia 'ex tunc', produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial".

Toma-se, então, o prazo definido no art.168, do CTN, para definir que houve decadência, e que esse é o entendimento administrativo oficial expresso no ADN SRF 96/99. O raciocínio, a meu ver, não merece ser acolhido. É freqüente a queixa de órgãos judiciários, de juízes e de tribunais, de que o Estado-Administração (União, Estados, DF e Municípios), pela conjuntura econômico-financeira internacional, que vem impondo uma necessidade furiosa de incrementos sensíveis de arrecadação, muitas vezes tem proposto ao Poder Legislativo, exações que são formalmente aprovadas mesmo quando flagrantemente inconstitucionais. Ademais, freqüentemente tem a Administração causado emperramento da máquina judiciária com recursos meramente protelatórios no curso do controle difuso de constitucionalidade, obrigando o STF a repetir centenas, milhares ou talvez centenas de milhares de vezes a mesma decisão de inconstitucionalidade de certa exação.

O raciocínio condenável, que assim se costuma atribuir ao Executivo é o de que, em geral, é pequeno o número de contribuintes que recorrem ao Judiciário. Verifica-se que a maioria de contribuintes efetua os pagamentos relativos a tais exações, e quando o Judiciário vem a se pronunciar, normalmente no curso do controle difuso da constitucionalidade, já são passados cinco anos do recolhimento, e, escudado numa interpretação duvidosa do valor segurança jurídica, pretende a Administração Pública que se reconheça decaído o direito daquele contribuinte que de boa-fé, creu na constitucionalidade da lei, produzida sob o rigor formal da Constituição e das demais leis hierarquicamente superiores a ela, sancionada pelo Chefe do Poder Executivo e nem sequer pestanejou em recolher o valor cobrado, muito menos pensou em recorrer ao Judiciário, mas que, em razão de provocação de terceiros à Corte Suprema, assiste o STF declarar com clareza meridiana, conforme se vê no caso concreto, a inconstitucionalidade do tributo desde a sua edição.

Há quem argumente que na ausência de norma, ao integrar, pode-se no máximo utilizar a analogia, mas não criar regra nova usurpando a competência do Legislativo. Por isso o Parecer COSIT 58/98 fora revogado. A analogia possível ao caso seria o art.168, I do CTN, e nunca o inciso II do mesmo artigo. Que essa analogia não militar em benefício do contribuinte, pois está sendo utilizada não apenas para a contagem do prazo decadencial, mas também para o reconhecimento ao direito à restituição em modalidade não contemplada no CTN, e se assim não fosse, em tais casos o contribuinte teria necessariamente de recorrer ao Judiciário para obter o reconhecimento do direito de restituição.

Ora, ora, não pode ser cobrado tributo a não ser por decorrência de lei, se a lei tributária formalmente produzida e sancionada sob presunção de constitucionalidade, posteriormente é reconhecida e declarada pela Corte Suprema como inconstitucional desde a origem, não há sustentação no ordenamento jurídico pátrio para justificar o que seria enriquecimento ilícito do erário da União.

Também deve ser dito que nenhuma analogia é válida no caso a partir do art.168 do CTN, porque simplesmente não trata de hipótese comparável.

Ora o "pagamento" decorrerá da presunção de constitucionalidade da norma que estabeleceu o tributo, e a partir do fato novo representado pela decisão do STF, desapareceu a referida presunção, em seu lugar instalou-se a certeza de

inconstitucionalidade originária da exação e, portanto aquele recolhimento antes efetuado não pode ser nem sequer considerado pagamento porque ficou, então, reconhecido que a obrigação tributária não havia de direito.

Há no caso que se examinar a prevalência de princípios constitucionais e legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro e que, no caso concreto, convergem e não colidem.

O eterno conflito entre justiça e segurança jurídica no presente caso é atenuado, na verdade não há nenhuma infração à segurança jurídica. A melhor aplicação do valor segurança jurídica está em considerar o prazo de cinco anos, como sempre, para exercício do direito de pedir a restituição, porém, tal prazo só pode começar a fluir a partir do fato novo provocado pela decisão do STF.

A partir da declaração de inconstitucionalidade da contribuição desde a sua edição, o recolhimento realizado é evidentemente indevido. Se foi destruída a obrigação tributária é claro que não se pode atribuir ao recolhimento a força de extinção de obrigação tributária por pagamento.

Numa visão retrospectiva, a partir do entendimento firmado pela Corte Suprema, surgiu um fato novo, qual seja a certeza de inconstitucionalidade da exação desde a sua edição, ou seja, a anterior presunção de constitucionalidade da norma tributária foi desfeita, desconstituída, e, só a partir deste fato novo é que surge o efetivo direito a restituição do que só a esta altura configurou-se como indevido.

Não se diga que esse entendimento afronta a segurança jurídica por eternizar o prazo de restituição do indébito. Não se eterniza, o prazo é de cinco anos, apenas que esse prazo só se inicia a partir da destruição da presunção de constitucionalidade da lei. Do contrário, seria minimizar a importância da boa-fé na relação jurídico-tributária entre o fisco e o contribuinte.

A segurança jurídica que deve ser resguardada no presente caso se coaduna com os princípios da legalidade, da moralidade administrativa, da boa-fé na relação fisco-contribuinte e, no reconhecimento de que o prazo decadencial quanto ao pedido de repetição do indébito só pode iniciar contagem a partir da decisão do STF com *animus definitivus*.

No caso presente a rigor não haveria que se esperar a edição de Resolução do Senado, ou mesmo um ato do executivo ordenando aos seus subordinados que não aplicasse a norma inconstitucional, simplesmente porque o entendimento do Pretório Excelso reconheceu a inconstitucionalidade mesmo perante a EC 01/69. Não haveria porque suspender a execução de ato normativo que já não tem vigência, mas que também e, não esqueçamos disso, já nasceu morto, fulminado pela inconstitucionalidade atestada pelo STF, fato marcante, posto que só a partir dele é que surge o direito de restituição, que repito, não é exercitável eternamente, posto que, como sempre, também este direito, em homenagem à segurança jurídica, se submete a prazo decadencial de cinco anos. Lembra-se que não constituem novidades no ordenamento jurídico brasileiro situações em que não há fluência de prazo decadencial, ou que este só comece a fluir a partir de determinado marco previsto em lei. Veja-se, por exemplo, o caso do mandado de segurança preventivo magistralmente examinado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2002, 15ª ed., pp.642/650).

Não obstante, apesar das evidências de irrelevância de edição de Resolução pelo Senado Federal quanto a suspender a execução do DI 2.295/86, por sua inconstitucionalidade

originária em face mesmo da EC 01/69, ainda assim, conforme notícia o interessado às fls.165, foi a pedido do STF, editada e publicada a Resolução do Senado Federal n.º 28, de 21.06.2005, publicada em 22.06.2005, conforme cópia de fls.168.

Curiosamente, quanto a esta matéria, antes mesmo da edição da Resolução do Senado Federal, houve a edição e publicação da Lei 11.051, de 30.12.2004, que introduziu o inciso X ao art.18 da Lei 10.522/2002, e tornou, a meu ver, indiscutível que somente a partir desta data começou a fluir o prazo prescricional para o direito de pleitear a restituição da exação sob análise.

Assim é que, neste caso, ao contrário da expectativa que transpareceu na decisão recorrida, a satisfação das duas exigências prévias e alternativas que se colocava para a extensão do direito ao contribuinte que não foi parte na questão judicial resolvida pelo STF incidentalmente, ou seja, o advento da Lei e/ou da Resolução do Senado Federal, acima referidas, configuram definitivamente a necessidade de reforma da decisão *a quo*. É que, conforme entendimento expresso no Decreto 2.346/97, somente a partir da publicação de tal Resolução ou de ato do Poder Executivo, é começaria a correr o prazo prescricional do direito de restituição do indébito para todos aqueles que não ingressaram em juízo contra a exação.

Tome-se, então, como termo inicial para a contagem do prazo decadencial a data da publicação da Lei 11.051/2004, e teremos a conclusão obrigatória de que não ocorreu no caso a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação do indébito.

Noutro giro, no que diz respeito a uma suposta necessidade de devolução dos autos ao julgador de 1ª instância para enfrentamento do mérito restante, o que impediria este Colegiado de dar provimento ao recurso voluntário do contribuinte, veja-se o que preceitua nosso direito processual, por força do recentemente alterado artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil (C. P. C):

“§3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Ainda no C.P.C, art.516:

“Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença ainda não decididas.”

Com efeito, verifica-se que nosso ordenamento jurídico, na tentativa de dar efetividade ao princípio da economia processual, albergou a possibilidade de que o Tribunal, nas causas que reúnam condições de julgamento imediato, possa decidir quanto à questão de mérito mesmo que esta não tenha sido analisada em primeira instância. Esse é o sentido teleológico da norma, economia processual, o qual se consubstancia como princípio balizador do processo administrativo, inclusive.

No caso, boa parte do mérito foi analisada na instância *a quo*, a tese de inconstitucionalidade da exação e a de decadência do pedido de restituição. Faltou outra parte quanto ao cálculo do valor do indébito.

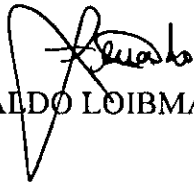
Neste caso está mais do que evidente que o princípio do duplo grau de jurisdição deve militar a favor do contribuinte e não para justificativa que possa ser esgrimida

com caráter meramente protelatório, no interesse de fazer voltar o processo à primeira instância tão somente para que após longos meses, ou anos, se volte a afirmar posição administrativa que já ficou patente no processo, sob pena de contaminar sua atuação com o caráter procrastinatório que não dignifica a Administração Pública, além de fazer vista grossa ao saudável e indispensável princípio da boa fé que deve aconselhar a todos, porém, maiormente, aos agentes do Estado na sua relação com o contribuinte.

Quanto aos critérios que devem ser adotados no cálculo do valor a ser restituído, especialmente quanto à correção monetária, conforme tenho me posicionado nesta Câmara, defendo que deve ser seguida a disciplina da NE SRF COSIT/COSAR n.º 08/97, posto que não vislumbro suporte legal para hipótese diversa, ao menos na seara administrativa.

Pelo exposto voto por **dar provimento parcial** ao recurso voluntário, para excluir do cálculo do valor a ser restituído os expurgos inflacionários.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2006



ZENALDO LOIBMAN - Relator



Voto Vencedor

Conselheiro Nilton Luiz Bartoli, relator designado.

Confirmado o direito da Recorrente de reaver o crédito a que tem direito, urge avançar sobre a questão da atualização monetária, especificamente em relação aos expurgos pleiteados.

Nesse sentido, para que ao final seja feita a tão cotejada justiça à que espera a recorrente, mister verificar, em primeiro plano, a exaustiva jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que traz em seu bojo os índices manifestamente pacificados:

"PROCESSUAL CIVIL - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - EXECUÇÃO DE SENTENÇA - CORREÇÃO MONETÁRIA - INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - ÍNDICES DO IPC DE JAN/89 (42,72%), MARÇO/90 (84,32%), ABRIL/90 (44,80%), MAIO/90 (7,87%) E FEVEREIRO/91 (21,87%).

- A jurisprudência pacífica deste Tribunal vem decidindo pela aplicação dos índices referentes ao IPC, para atualização dos cálculos relativos a débitos ou créditos tributários, referentes aos meses indicados.

- Recurso não conhecido."

(STJ - SEGUNDA TURMA - RECURSO ESPECIAL 182626 / SP - Relator Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS - DJ 30/10/2000 PG:00140)

"TRIBUTÁRIO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - CORREÇÃO MONETÁRIA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MENÇÃO EXPRESSA AOS INDEXADORES - CORREÇÃO - ADMISSIBILIDADE, EMBORA SEM ALTERAÇÃO DO JULGADO - OMISSÃO QUANTO AOS OUTROS ÍNDICES - INOCORRÊNCIA - RECEBIMENTO PARCIAL.

No acórdão proferido no julgamento do recurso especial, em havendo omissão quanto à menção expressa aos índices de atualização monetária, cabe receber os embargos de declaração para explicitar que a correção monetária dos créditos será calculada com base nos seguintes percentuais: 84,32% (março/90), 44,80% (abril/90), 7,87% (maio/90) e 21,87% (fevereiro/91), e após o INPC até dezembro/91.

Improvida a pretensão recursal em relação aos demais índices pleiteados, deve ser mantida a decisão recorrida que determinou a utilização dos critérios de reajuste aplicados pela Fazenda Nacional, para a correção de seus próprios créditos.

Embargos parcialmente providos."

(STJ - PRIMEIRA TURMA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 424154 / SP - Relator Min. GARCIA VIEIRA - DJ 28/10/2002 PG:00243)

Importante destacar que a egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, por sua Primeira Turma, vem de reconhecer tal jurisprudência, enfocando o Princípio da Moralidade, como norte dessa questão.

No Acórdão CSRF/01-04.456, de 25 de fevereiro de 2003, voto condutor do ilustre Conselheiro Mário Junqueira Franco Júnior, decidiu-se que “na vigência de sistemática legal de correção monetária, a correção do indébito tributário há de ser plena, mediante aplicação dos índices representativos da real perda de valor da moeda, não se admitindo a adoção de índices inferiores expurgados, sob pena de afronta ao princípio da moralidade e de se permitir enriquecimento ilícito do Estado”.

Tal julgado mereceu acolhida de quinze membros dos dezesseis que compõem tal sodalício, sendo importante transcrevê-lo na íntegra, com a devida vênia:

“Merece ser mantido o acórdão da colenda Terceira Câmara, não só pelos seus judiciosos fundamentos, mas outrossim pelo absoluto senso de justiça e respeito ao princípio da moralidade que dele emanam. Seu acerto é incontestável.

A matéria ventilada no presente recurso restringe-se à possibilidade de, em ambiente jurídico de plena vigência da sistemática de correção monetária de obrigações, utilizar-se índices plenos para correção monetária do indébito tributário, afastando-se qualquer expurgo inflacionário a reduzi-los.

O acórdão recorrido fulcrou-se na natureza da correção monetária, que não representa um aumento ou acréscimo, mas mera reposição, indicando que entender diversamente é possibilitar um enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

Deveras.

Dispõe o artigo 37 da Constituição Federal que:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”



Com efeito, a dicção do citado artigo se traduz, indubitavelmente, em norma cogente para a Administração Pública, não podendo esta olvidar qualquer dos princípios por ele erigidos.

É justamente isso que aborda o Parecer da Advocacia Geral da União n.º 01/96¹, citado no acórdão recorrido, da lavra do ilustre Consultor da União Mirtô Fraga, devidamente aprovado pelo Senhor Presidente da República, ao discorrer sobre correção monetária de indébito tributário antes do advento da Lei 8.383/91 (norma esta que instituiu a UFIR), sendo importante transcrever excertos seus:

“29. Na verdade, a correção monetária não constitui um ‘plus’ a exigir expressa previsão legal. É, antes, atualização da dívida (devolução da quantia indevidamente cobrada a título de tributo), decorrência natural da retenção indevida; constitui expressão atualizada do quantitativo devido.

30. O princípio da legalidade, no sentido amplo recomenda que o Poder Público conceda, administrativamente, a correção monetária de parcela a serem devolvidas, uma vez que foram indevidamente recolhidas a título de tributo, ainda que o pagamento (ou o recolhimento) indevido tenha ocorrido antes da vigência da Lei n.º 8.383/91. E com ele, outro princípio: o da moralidade, que impede a todos, inclusive ao Estado, o enriquecimento sem causa, e que determina ao ‘beneficiário’ de uma norma o reconhecimento do mesmo dever em situação diversa.”

“... Com a unanimidade absoluta dos Tribunais e Juizes decidindo no mesmo sentido, persistir a Administração em orientação diversa, sabendo que, se levada aos Tribunais, terá de reconhecer, porque existente, o direito invocado, é agir contra o interesse público; é desrespeitar o direito alheio, é valer-se de sua autoridade para, em benefício próprio, procrastinar a satisfação de direito de terceiros, procedimento incompatível com o bem público para cuja realização foi criada a sociedade estatal e da qual a Administração, como o próprio nome o diz, é a gestora. A Administração não deve, desnecessária e abusivamente, permitir que, com sua ação ou omissão, seja o Poder Judiciário assoberbado com causas cujo desfecho todos já conhecem. O acúmulo de ações dispensáveis ocasiona o emperramento da máquina judiciária, prejudica e retarda a prestação jurisdicional, provoca, enfim, pela demora no reconhecimento do direito, injustiças, pois, como, na célebre Oração aos Moços, disse Rui Barbosa, “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.” (edição da Casa de Rui Barbosa, Rio, 1956, p. 63). E, para isso, o Poder Público não deve e não pode contribuir...”

¹ DOU 17/01/96

Com toda a certeza, conforme bem apontou o douto parecerista, receber um valor intrínseco de tributo indevido e devolvê-lo em montante inferior é tanto imoral quanto ilegal. É o mesmo que receber um veículo e devolver tão-somente os pneus. Por isso impõe-se a correção plena, até mesmo porque não havia, até o advento da Lei n.º 8.383/91, norma ou regime jurídico que estabelecesse regra em sentido contrário, a estabelecer índice menor expurgado.

Mister destacar este aspecto específico do caso em apreço. Aqui não havia norma que determinasse qual o percentual aplicável. Nem tampouco regime jurídico específico para regular tal correção. Dai não ter implicação no presente caso o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 201.465-6 MG (Redator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim), pois lá se tratava da correção monetária de balanço, instituto que sempre foi regulado por leis que estabeleceram os percentuais aplicáveis. Também inaplicável o decidido no RE 226.855-7 RS (Relator Ministro Moreira Alves), com relação à correção do FGTS, por neste tratava-se de regime jurídico.

Nesse passo, vale salientar, por certo, que a Norma de Execução Conjunta COSIT/COSAR n.º 8/97 não tem altivez suficiente para ludibriar a integral correção do indébito, sob pena de se permitir que um ato de cunho interna corporis, sem publicidade oficial, transmude-se em verdadeira lei de correção monetária, o que seria absoluto absurdo. Dela só se pode extrair o reconhecimento do próprio fisco de que houve inflação a corroer o valor indevidamente recolhido, mais nada. E, em havendo inflação, a correção há de ser plena, sempre que vigente no sistema jurídico o instituto da correção monetária.

A colenda Sétima Câmara do Primeiro Conselho já apreciou esta mesma matéria, em três oportunidades que são do meu conhecimento, nos Acórdãos 107-06.113/2000, voto condutor da lavra do ilustre Conselheiro Luis Valero, 107-06.431/01, com voto do ilustre Conselheiro Natanael Martins, e 107-06.568/2002, com voto do ilustre Conselheiro José Clovis Alves.

Peço vênia ao Conselheiro Valero para transcrever excerto do seu voto em que resta demonstrada a necessidade de aplicação do IPC/IBGE para os períodos em apreço, verbis:

“Após esse breve intróito, deve-se fazer uma análise dos índices a serem utilizados para efetuar a atualização monetária. A UFIR somente foi instituída, sendo utilizada para atualizar inclusive indébitos tributários, pela Lei n.º 8.383/91, prestando-se para atualizar

valores a partir de janeiro de 1992, até dezembro de 1995. A partir de então a taxa SELIC passou a ser utilizada para atualização nos pedidos de ressarcimento/restituição (Lei n.º 9.250/95 c.c. 9.532/97).

Ocorre que no período anterior a 1992, não existia norma legal expressa a esse respeito, dessa forma tanto jurisprudência quanto administração pública foram forçadas a aplicar analogicamente certos índices para o direito dos contribuintes não restar prejudicado.

A Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n.º 08/97 veio uniformizar os índices a serem aplicados pela Secretaria da Receita Federal. Em suma os índices utilizados são: IPC/IBGE no período compreendido entre jan/88 e fev/90 (excetuando-se o mês de jan/90 cujo índice foi expurgado), BTN no período compreendido entre mar/90 a jan/91 e INPC de fev/91 a dez/91. Deve-se analisar a correção dos índices adotados.

De fevereiro de 1986, até dezembro de 1988 o índice utilizado oficialmente para medir a inflação era a OTN, que, por sua vez, era calculada com base no IPC/IBGE. Pode-se dizer, portanto que o IPC/IBGE era o índice oficial. A OTN, contudo, foi extinta com o advento do "Plano Verão", implementado pela Medida Provisória n.º 32/89, posteriormente convertida na Lei n.º 7.730/89.

O valor da OTN foi, então, congelado em NCz\$ 6,17, valor esse que computava a inflação ocorrida no mês de dezembro de 1988, mas não a de janeiro de 1989. A partir de fevereiro o IPC/IBGE passou a ser utilizado diretamente como indicador oficial da inflação.

A inflação do mês de janeiro, dessa forma, não seria levada em conta. Essa a lógica contemplada pela Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n.º 08/97, haja vista que o mês de jan/89 não apresenta qualquer índice de inflação. Portanto, apesar da Norma utilizar o IPC a partir de 1988 – pois este era o verdadeiro indicador da inflação já que a OTN era corrigida de acordo com ele – no mês de jan/89, nenhum índice foi considerado.

Obviamente, tal sistemática não merece prosperar, como acertadamente decidiu a R.Sentença, na esteira de reiterada jurisprudência do STJ (REsp. n.º 23.095-7, REsp. n.º 17.829-0, entre outros). A inflação expurgada referente ao mês de janeiro deve, portanto, ser considerada para fins de atualização monetária.

O IPC divulgado relativo ao mês de janeiro de 1989 foi de 70,28%. Todavia, esse índice não refletiu a inflação ocorrida no mês de janeiro, mas sim a inflação ocorrida no período compreendido entre 30 de novembro (média estatística entre os dias 15 de novembro e 15 de dezembro) e 20 de janeiro (média estatística entre os dias 17 e 23 de janeiro).

Como o IPC referente ao mês de jan/89 computou, na verdade, a inflação ocorrida em 51 dias, o STJ entendeu que o índice expurgado seria de 42,72%, obtido pelo cálculo proporcional a 31 dias.

Referente ao mês de fevereiro, o IPC/IBGE divulgado foi de 3,6%. No entanto, tal índice refletiu tão-somente a inflação ocorrida em 11 dias (período compreendido entre 20 de janeiro – média de 17 a 23 de janeiro – e 31 de janeiro – média de 15 de janeiro a 15 de fevereiro). Proporcionalizando-se tal índice para 31 dias o STJ entendeu aplicável o índice de 10,14%, considerando que teria havido um expurgo de 6,54%.

No período compreendido entre março de 1989 e fevereiro de 1990, deve ser utilizado o IPC/IBGE, pois este foi o índice oficial adotado para medir a inflação, como, aliás, a própria Norma de Execução Conjunta n.º 08/97 reconhece.

Nos meses de março a janeiro de 1991 o índice a ser aplicado, segundo a R. Sentença, é o IPC/IBGE. Em inúmeros julgados, o STJ já firmou entendimento de ser aplicável o índice de 84,32% para o mês de março de 1990 (REsp n.º 81.859, REsp. n.º 17.829-0, entre outros) A Norma de Execução Conjunta n.º 08/97, contudo, utiliza-se do BTN de 41,28% para proceder à atualização monetária.

O mesmo ocorre com os meses de abril e maio de 1990, quando os índices do IPC, respectivamente de 44,80% e 7,87% não são levados em conta pela NEC n.º 08/97 que se vale do BTN de 0,0% e 5,38%. O STJ, também em referência a estes meses tem decidido que devem prevalecer os valores do IPC (REsp. n.º 159.484, REsp. n.º 158.998, REsp n.º 175.498, entre outros). "

Por fim, é imperativo destacar a mansa e pacífica jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme abaixo:

"EDRESP 461463, PRIMEIRA TURMA, 03/12/2002:



PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. APLICAÇÃO DOS ÍNDICES QUE MELHOR REFLETEM A REAL INFLAÇÃO À SUA ÉPOCA. JUROS DE MORA. ART. 161, § 1º, DO CTN. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES.

1. Ocorrência de omissão na decisão embargada quanto à correção monetária a ser aplicada ao débito reconhecido, assim como aos juros de mora e aos ônus sucumbenciais.

2. A correção monetária não se constitui em um plus; não é uma penalidade, sendo, tão-somente, a reposição do valor real da moeda, corroído pela inflação. Portanto, independe de culpa das partes litigantes. Pacífico na jurisprudência desta Corte o entendimento de que é devida a aplicação dos índices de inflação expurgados pelos planos econômicos (Planos Bresser, Verão, Collor I e II), como fatores de atualização monetária de débitos judiciais.

3. Este Tribunal tem adotado o princípio de que deve ser seguido, em qualquer situação, o índice que melhor reflita a realidade inflacionária do período, independentemente das determinações oficiais. Assegura-se, contudo, seguir o percentual apurado por entidade de absoluta credibilidade e que, para tanto, merecia credenciamento do Poder Público, como é o caso da Fundação IBGE. É firme a jurisprudência desta Corte que, para tal propósito, há de se aplicar o IPC, por melhor refletir a inflação à sua época.

4. Aplicação dos índices de correção monetária da seguinte forma: a) por meio do IPC, no período de março/1990 a fevereiro/1991; b) a partir da promulgação da Lei n.º 8.177/91, a aplicação do INPC (até dezembro/1991); e c) só a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei n.º 8.383/91."

"RESP 263535, SEGUNDA TURMA, 15/10/2002:

TRIBUTÁRIO - ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA - RESTITUIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - APLICAÇÃO DA TR - IMPOSSIBILIDADE - ADIN 493-0 - INCLUSÃO DOS ÍNDICES OFICIAIS - LEIS 8.177/91 E 8.383/91 - PRECEDENTES.

- Conforme orientação assentada pelo STF na ADIN 493-0, a TR não é índice de atualização da expressão monetária de débitos judiciais, porque não afere a variação do poder aquisitivo da moeda.

- A jurisprudência desta eg. Corte pacificou-se quanto à adoção do IPC como índice para correção monetária nos meses de março/90 a fevereiro/91; a partir da promulgação da Lei 8.177/91 vigora o INPC

e, a partir de janeiro/92, a UFIR, na forma recomendada pela Lei 8.383/91.

- Recurso especial conhecido e provido “

“RESP 426698, PRIMEIRA TURMA, 13/08/2002:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUTÔNOMOS, ADMINISTRADORES E AVULSOS - RESTITUIÇÃO - CORREÇÃO MONETÁRIA - IPC - INPC - UFIR - RECURSO ESPECIAL - FALTA DE ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS DE ADMISSIBILIDADE - NÃO CONHECIMENTO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA.

No cálculo da correção monetária dos valores a serem compensados,
o

IPC é o índice a ser aplicado nos meses de março de 1990 a fevereiro de 1991 e, a partir da promulgação da Lei 8177/91, o INPC. No período de janeiro de 1992 a 31.12.95, os créditos tributários devem ser reajustados pela UFIR, sendo indevida a adoção do IGPM nos meses de julho a agosto de 1994.

Se os dispositivos legais apontados como malferidos não restaram versados na decisão recorrida, não cabe conhecer do recurso especial.

Não se configura violação ao artigo 535 do CPC, quando a decisão proferida, em sede de embargos de declaração, entremostra-se fundamentada o quantum satis, para formar o convencimento da Turma Julgadora a quo, inexistindo omissão a ser suprida.

Recurso do INSS a que se nega provimento e o da outra parte conhecido, em parte, mas improvido. “

“RESP 165945, SEGUNDA TURMA, 07/05/1998:

TRIBUTÁRIO. PAGAMENTO INDEVIDO. RESTITUIÇÃO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I - Na restituição dos recolhidos a maior a título de contribuição para o Finsocial, cuja exação foi considerada inconstitucional pelo STF (RE n.º 150.764-1), aplicam-se à correção monetária os expurgos inflacionários. II - Na correção monetária dos valores compensáveis, deve ser aplicado, no mês de janeiro de 1989, o índice de 42,72%, no

período de março de 1990 a janeiro de 1991, o IPC, e, a partir de janeiro de 1992, a UFIR.

III - Recurso conhecido e provido."

Ex positis, voto no sentido de negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional."

(grifos nossos)

O mesmo entendimento foi sufragado pela Terceira Turma da Egrégia Câmara Superior de Recursos Fiscais, em acórdão de relatoria do preclaro Conselheiro Paulo Roberto Cucco Antunes, assim ementado:

Processo n.º: 13674.000107/99-90

Recurso n.º: 301-124000

Matéria: RESTITUIÇÃO – COMPENSAÇÃO – JUROS E EXPURGOS

Recorrente: FAZENDA NACIONAL E IND. E COM. DE CAFÉ IRMÃOS JULIO LTDA

Recorrida: 1ª CÂMARA – 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Interessada: INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CAFÉ IRMÃOS JULIO LTDA

Sessão de: 06 DE JULHO DE 2004.

Acórdão: CSRF/03-04.108

I. RECURSO DA FAZENDA NACIONAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. - Não atendidos, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, os pressupostos de admissibilidade do Recurso Especial de Divergência interposto.

Recurso não conhecido.

II. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. INCLUSÃO DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

No cálculo do valor a ser restituído ao Contribuinte devem ser inseridos os expurgos inflacionários correspondentes. Precedentes do Primeiro Conselho de Contribuintes e da Primeira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Provido o Recurso Especial do Contribuinte.



Tecidas as considerações acerca dos expurgos cristalizados pelas remansosas jurisprudências administrativa e judiciária, convém, asseverar que a partir de 1º de janeiro de 1996, por força do artigo 39, parágrafo 4º, da Lei 9.250/95, a restituição ou compensação de créditos tributários deve ser acrescida da taxa SELIC, conforme determina o referido dispositivo:

"§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada."

Nessa esteira, convém reproduzir acórdãos, também emanados do Colendo Superior Tribunal de Justiça, os quais, tratando da aplicação da SELIC, encerram a questão:

"PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA (ARTS. 496, VIII, E 546, I, CPC). JUROS. TAXA SELIC. CTN, ART. 161, § 1º.

1. "Juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês (art. 161, § 1º, do CTN), com a incidência a partir do trânsito em julgado (art. 167, parágrafo único, do CTN) até 31/12/94, com aplicação dos juros pela taxa SELIC só a partir da instituição da Lei n.º. 9.250/95, ou seja, 01/01/1995" - EREsp 193.453-SC, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado.

2. Precedentes.

3. Embargos acolhidos."

(STJ - PRIMEIRA SEÇÃO - EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL - Relator Min. MILTON LUIZ PEREIRA - DJ 30/09/2002 PG:00150)

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL. COMPENSAÇÃO - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS DE MORA - APLICAÇÃO DA TAXA SELIC - LEI N.º. 9.250/95.

1- Os expurgos inflacionários decorrentes da implantação dos Planos Governamentais são aplicáveis de acordo com os seguintes índices: no mês de janeiro de 1989, índice de 42,72%; no período de março de 1990 a janeiro de 1991, o IPC; a partir da promulgação da Lei n.º. 8177/91, vigora o INPC; e, a partir de janeiro de 1992, a UFIR, na forma preconizada pela Lei n.º. 8383/91.

2- Os juros de mora incidem na compensação efetuada pelo sistema de autolancamento, isto é, a produzida pelo próprio contribuinte via registro em seus livros contábeis e fiscais. Precedentes desta Corte. Conforme o disposto nos artigos 161, parágrafo 1º combinado com o 167 do CTN, os juros são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença no percentual de 1% (um por cento) ao mês, e posteriormente incidem na forma do parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n.º. 9.250/95.

3-Estabelece o parágrafo 4º do artigo 39 da Lei n.º 9.250/95 que: "A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada."

4-A taxa SELIC representa a taxa de juros reais e a taxa de inflação no período considerado e não pode ser aplicada, cumulativamente, com outros índices de reajustamento.

5-Recurso da Fazenda não conhecido. Recurso da parte conhecido, porém, improvido."

(STJ - PRIMEIRA TURMA - RECURSO ESPECIAL 396720 / PE - Relator Min. LUIZ FUX -DJ 23/09/2002 PG:00241)

"TRIBUTÁRIO. ADICIONAL DE IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL DE 1% AO MÊS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA A PARTIR DE 01/01/1996. RECURSO PROVIDO.

1. Os juros de mora devem incidir a partir do trânsito em julgado da decisão, no percentual de 1% (um por cento) ao mês. Contudo, a partir da vigência da Lei n.º 9.250/95, os juros devem ser aplicados conforme a Taxa SELIC.

2. Recurso especial provido."

(STJ - PRIMEIRA TURMA - RECURSO ESPECIAL 431269 / SP - Relator Min. JOSÉ DELGADO - DJ 21/10/2002 PG:00293)

"TRIBUTÁRIO - PIS - FATO GERADOR - BASE DE CÁLCULO - CORREÇÃO MONETÁRIA - NÃO INCIDÊNCIA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - JUROS MORATÓRIOS - TAXA SELIC - SUCUMBÊNCIA ÍNFIMA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

I - Consoante entendimento firmado pela egrégia Primeira Seção do STJ, é garantido o recolhimento do PIS, nos termos da Lei Complementar n.º 07/70, sem correção monetária da base de cálculo.

II - Após a entrada em vigor da Lei 9250/95, em 1º de janeiro de 1996, passa a incidir somente a taxa de juros SELIC, a qual se decompõe em taxa de juros reais e taxa de inflação no período considerado, e não pode ser aplicada cumulativamente com juros moratórios de 1% ao mês previsto no art. 167 do CTN.

III - Decaindo o autor em parte mínima do pedido, responde a parte adversa, por inteiro, pelos honorários advocatícios e custas processuais (artigo 21, parágrafo único do CPC).

IV - Recurso parcialmente provido."

(STJ - PRIMEIRA TURMA - RECURSO ESPECIAL 433147 / PR - Relator Min. GARCIA VIEIRA - DJ 21/10/2002 PG:00295)

"TRIBUTÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL. COMPENSAÇÃO. FINSOCIAL. TRIBUTOS DIVERSOS. IMPOSSIBILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. JUROS. MATÉRIA NÃO DEBATIDA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. LEI N.º 9.250/95. DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO.

- Esta Corte já se manifestou no sentido da possibilidade de compensação de créditos a título de FINSOCIAL somente com a COFINS.

- A correção monetária, para os valores a serem compensados, tem como indexador, para o período de março/90 a janeiro/91, o IPC, relativamente ao de fevereiro/91 a dezembro/91, o INPC (Lei n.º 8.177/91), e, a partir de janeiro/92, a UFIR, na forma preconizada pela Lei n.º 8.383/91, incluídos nestes índices a inflação expurgada pelos planos econômicos.

- A matéria objeto da incidência dos juros compensatórios não foi debatida em sede de recurso especial, o que obsta o conhecimento da matéria agora trazida à baila.

- Quanto à data inicial de incidência do juros da taxa SELIC, o entendimento dominante neste Tribunal é que devem ser contados a partir de 1.º de janeiro de 1996, devendo ser aplicável tanto na compensação, como na repetição de indébito, inclusive para os tributos sujeitos a autolancamento, em face da determinação contida no parágrafo 4.º, do artigo 39, da Lei n.º 9.250/95.

- É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, não havendo lançamento por homologação ou qualquer outra forma, o prazo decadencial só começa a correr após decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, somados mais 05 (cinco) anos.

- Agravos regimentais improvidos."

(STJ - PRIMEIRA TURMA - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 331665 / SP - Relator Min. FRANCISCO FALCÃO - DJ 02/12/2002 PG:00227)

Ou seja, assim como os índices de 42,72% e 10,14%; 84,32% e 44,80%; 7,87%; e 21,87% relativos, respectivamente, aos meses de janeiro e fevereiro de 1989; março, abril e maio de 1990; e fevereiro de 1991, a Taxa SELIC também conta com amplo respaldo para sua aplicação no caso concreto, motivo pelo qual será, juntamente com estes índices, deferida.


Destarte, afastada a preliminar de prescrição/decadência, e reconhecido o direito à restituição pleiteada, resta a este Colegiado DAR PROVIMENTO ao recurso do Contribuinte para fim de deferir a restituição dos valores recolhidos indevidamente com a devida atualização monetária, incluindo-se, pois, na Norma de Execução Conjunta SRF/COSIT/COSAR n.º 08/97, apenas os expurgos inflacionários de 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) pacificados no seio da jurisprudência, devendo ser aplicada, a partir de 1º de janeiro de 1996, a taxa referencial SELIC.

É como voto.

Sala das Sessões, em 08 de novembro de 2006


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator Designado.