

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA 8ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA
DO DISTRITO FEDERAL

A FAZENDA NACIONAL, por seu procurador adiante firmado, vem perante V. Exa., nos autos do Processo nº (...) (AÇÃO ORDINÁRIA/TRIBUTÁRIA), proposto pela (...), apresentar CONTESTAÇÃO nos seguintes termos:

DA ESPÉCIE FÁTICA

Trata-se de ação ordinária na qual a autora, devidamente qualificada na inicial, pleiteia a restituição de valor pago a maior a título de imposto de renda (fls. 28).

O valor a ser restituído seria de R\$ 58,36 (cinquenta e oito reais e trinta e seis centavos), montante no momento do recolhimento indevido (22 de março de 1999).

DA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO

A competência dos Juizados Especiais Federais, porque expressamente prevista na Constituição, é absoluta. Assim, tratando-se de pleito de restituição de R\$ 58,36 (cinquenta e oito reais e trinta e seis centavos), somente os Juizados Especiais Federais sediados no Distrito Federal podem apreciar a questão posta nestes autos.

A jurisprudência do e. TRF da 1ª Região confirma o argumento (com destaques):

“Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO. Classe: CC - CONFLITO DE COMPETENCIA – 200501000045773. Processo: 200501000045773 UF: DF Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Data da decisão: 29/3/2005 Documento: TRF100209318. Fonte DJ DATA: 22/4/2005 PAGINA: 5. Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO

Ementa PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. VARA FEDERAL. VALOR DA CAUSA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. LEI N. 10.259/2001, ART. 3º.

1. A competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais é absoluta e fixada em função do valor da causa, consoante disposto no art. 3º e seu § 3º, da Lei n. 10.259/2001.

2. O valor da causa deverá corresponder à pretensão econômica, objeto do pedido, cabendo ao juiz, de ofício, determinar que a parte proceda à sua retificação, quando verificar que não atende ao escopo da lei.

3. Hipótese em que pretende o autor consignar valores de prestações vencidas e vincendas, o valor da causa deve corresponder à soma das prestações vencidas e doze das vincendas.
4. Conflito improcedente.
5. Competência do Juizado Especial Federal, Suscitante.”

Pede-se, assim, o reconhecimento da incompetência das varas ordinárias da Justiça Federal de Primeira Instância do Distrito Federal e a remessa do feito para um dos Juizados Especiais Federais sediados no Distrito Federal.

DA PRESCRIÇÃO

Desde o Império, pelo menos, a ordem jurídica brasileira consagra a prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública (*“Art. 1º. A prescrição de 5 anos posta em vigor pelo art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841, com referência ao capítulo 209 do Regimento da Fazenda, a respeito da dívida passiva da Nação, opera a completa desoneração da Fazenda Nacional do pagamento da dívida, que incorre na mesma prescrição.”*).

O Código Civil, de 1916, reafirmou a premissa, tradicional no direito brasileiro, da prescrição quinquenal das chamadas “dívidas passivas” das Fazendas Públicas. Este importantíssimo diploma legal estabeleceu

com precisão o marco inicial do prazo de contagem da prescrição (“Art. 178. *Prescreve: (...) §10. Em 5 (cinco) anos: (...) VI - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.*”).

Seguindo nesta linha, o conhecido Decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, mais uma vez fixou que “*prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram*” as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios (“Art. 1º. *As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.*”).

Já o Decreto-Lei n. 4.597, de 19 de agosto de 1942, manda aplicar expressamente a prescrição quinquenal firmada pelo Decreto n. 20.910, de 1932, às dívidas passivas das autarquias, entidades ou órgãos paraestatais (“Art. 2º. *O decreto n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos.*”).

A prescrição contra a Fazenda Pública, especificamente no campo tributário, não destoia, quer quanto ao prazo, quer quanto ao marco inicial de contagem, das regras gerais antes postas. Com efeito, os arts. 165 e 168 do Código Tributário Nacional assim determinam, *in litteris*:

"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;

II - 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;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória."

"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;**

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, 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." (destaques inexistentes nos originais).

A clareza solar dos dispositivos, a princípio, não deixaria margem para dúvida quanto ao marco inicial aplicável na contagem da prescrição quinquenal. Este momento, em regra, seria o da extinção do crédito tributário pelo pagamento. Destaque-se, pagamento, só pagamento, sem qualquer

adjetivação. A intercalação presente no dispositivo legal ("*seja qual for a modalidade do seu pagamento*") afasta questionamentos dos mais recalcitrantes e férteis intérpretes da legislação tributária.

Ocorre que vingou, ao menos momentaneamente, a tese de que o pagamento antecipado, típico dos tributos submetidos ao lançamento por homologação, não era hábil para produzir a extinção do crédito. Apenas com a homologação, expressa ou tácita, teríamos a extinção e, a partir daí, o início da contagem do prazo prescricional quinquenal.

O raciocínio não poderia ser mais equivocado. Afinal, como destacamos, a norma é clara ao se referir a qualquer modalidade de pagamento, impedindo as distinções por capricho do intérprete. Ademais, o pagamento antecipado "*... é desde logo válido e eficaz, extinguindo a obrigação tributária, não dependendo de qualquer requisito suplementar*", na voz da abalizada doutrina de ALBERTO XAVIER. Confirma a correção da assertiva anterior o fornecimento de certidão negativa ao contribuinte quando este declara e confessa dívida tributária e faz seu pagamento (antecipado). Na pior das hipóteses, somente para argumentar, o ato de homologação seria meramente declaratório, com efeitos retroativos à data do pagamento.

Este entendimento é confirmado pelo princípio da *actio nata*. Afinal, com o recolhimento/pagamento indevido nasce a possibilidade de perseguir em juízo a restituição do indébito. A correspondência entre o nascimento da ação e o início da prescrição encontra aqui aplicação exemplar.

Este também é o fundamento básico para sustentar a irrelevância da decisão do Supremo Tribunal Federal, pela inconstitucionalidade de lei criadora ou majoradora de tributo, no exercício do controle concentrado, na contagem do prazo para propositura da ação de repetição de indébito. Com efeito, a influência da referida decisão do Supremo Tribunal Federal na fixação do início do prazo prescricional somente teria sentido se não houvesse possibilidade (na ordem jurídica nacional) de exercício de controle difuso de constitucionalidade.

Esta possibilidade, a rigor, poderá ser materializada ou efetivada pelo contribuinte no instante imediatamente seguinte ao recolhimento/pagamento, independentemente de manifestação da Corte Maior. Neste sentido: AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR (*Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis no Prazo de Decadência para a Ação de Repetição de Indébito Tributário*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev-33/Artigos/Art_americo.htm>. Acesso em: 5 set. 2002) e RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA (Sentença n. 511/2002-B. Processo n. 2002.34.00.002970-9).

Como na repetição do indébito tributário é elementar, essencial ou imprescindível a atividade do obrigado estamos diante de um “direito a uma prestação”. A pretensão, ante a lesão ou violação patrimonial verificada, é de natureza condenatória, típica ou própria da prescrição. Portanto, não há dúvida de estamos tratando do fenômeno ou instituto da prescrição.

Vê-se, portanto, que o entendimento outrora chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça consagra uma simples construção teórica, afastada, muito afastada, do necessário e indispensável embasamento legal. Não se trata de um processo de interpretação de normas, buscando a regra de incidência no caso concreto, eventualmente dependente da conjugação de comando legais distintos. Temos, isto sim, uma construção teórica sem referência clara na ordem jurídica nacional.

Não há como tergiversar. Os valores recolhidos há mais de cinco anos da propositura da ação competente estão prescritos. A aplicação dos arts. 156, 165 e 168, todos do Código Tributário Nacional, não permitem conclusão diversa.

A propósito, quando a matéria ainda era da alçada de competência do Supremo Tribunal Federal, este a declarava (a prescrição) como sendo quinquenal, submetida à contagem clássica, conforme se vê na decisão abaixo transcrita:

"ISS. Repetição. Decadência. Correção monetária. Se a ação de repetição do indébito foi proposta a 30 de setembro de 1980, a decadência, em face do disposto nos artigos 165 e 168 do C.T.N., abarca os recolhimentos indevidos até o dia 30, exclusive, do mês de setembro de 1975. Já se firmou jurisprudência do S.T.F. no sentido de que, não obstante o advento da lei 6.899/81, permanece o entendimento de que o início da fluência da correção monetária na repetição do indébito fiscal é a data do recolhimento indevido. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido." (Ministro MOREIRA ALVES. RE 102.065-SP. 2ª Turma. DJ de 14.09.84)

Vale trazer à colação o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, que vem revendo posição anterior, até então alinhada com o Superior Tribunal de Justiça:

"TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO (DECADENCIAL) DE REPETIÇÃO. FORMA DE CONTAGEM.

1. Tem o contribuinte o prazo (decadencial) de cinco anos para pedir a restituição de tributo pago indevidamente, contado a partir do recolhimento (art. 168 – CTN), mesmo nos lançamentos por homologação.

2. O prazo decadencial, também quinquenal, previsto para homologação do lançamento (art. 150, parágrafo 4º – idem), não interfere na contagem do prazo de repetição, para ampliá-lo, pois, sobre tratar-se de prazo

destinado à Administração, não quis a lei dar ao contribuinte prazo superior a cinco anos. (Cf. ad instar, Decreto n. 20.910/32, art. 1o).

3. Provimento da apelação e da remessa." (TRF da 1a. Região, 3a. Turma, AC 97.050214-3/DF, Rel. Juiz TOURINHO NETO, DJU 07.08.98)

O próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgados mais recentes, vem reconhecendo a justeza da tese clássica da contagem da prescrição quinquenal. Vejamos alguns exemplos (decisões proferidas no final do ano de 2001 e no início do ano de 2002):

"TRIBUTÁRIO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE – PARCELAS INDENIZATÓRIAS – PRESCRIÇÃO – TERMO "A QUO" – PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO.

O prazo prescricional para restituição de parcelas indevidamente cobradas a título de imposto de renda é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, isto é, de cada retenção na fonte.

Embargos de divergência acolhidos." (Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. EREsp n. 258.161/DF. 1a. Seção. DJ de 03.09.2001)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTUM. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSTO DE RENDA. INCIDÊNCIA SOBRE FÉRIAS E LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADAS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. RETENÇÃO DO TRIBUTO.

2. Segundo entendimento pacificado das Turmas integrantes da Primeira Seção deste Superior Tribunal, o termo a quo do prazo prescricional, nas ações visando à restituição de imposto de renda cobrado nas conversões em pecúnia de férias e licença-prêmio, é a data da retenção do tributo na fonte.

3. Recurso conhecido em parte, mas improvido." (Ministra LAURITA VAZ. REsp n. 291.309/DF. 2a. Turma. DJ de 08.04.2002)

Por conseguinte, não há motivo (técnico-jurídico) para afastar a data do pagamento/recolhimento (ou mesmo a da retenção na fonte) como marco inicial de contagem do prazo quinquenal para consumação da prescrição do direito à devolução/restituição (ou mesmo de compensação) do tributo supostamente indevido.

Lei Complementar n. 118, de 2005

Importa destacar que, com a publicação da Lei Complementar n. 118/2005, ficam sepultadas todas as discussões acerca da aplicação do prazo prescricional relativo à repetição de tributos cujo lançamento é feito sob homologação. Assim:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”.

Não é possível alegar que tal norma não se aplica ao presente caso.

Ora, tal norma é expressamente interpretativa, nos termos do art. 106, inciso I do CTN, consagrando a inteligência que prevaleceu por, pelo menos, 3/4 (três quartos) do tempo de vigência do CTN acerca do assunto. Por isso, tem o condão de sedimentar o correto entendimento que se deve ter acerca da exata aplicação do prazo prescricional, prestigiando, inclusive, o princípio da segurança jurídica.

DO MÉRITO

São dois os óbices intransponíveis para que possa prosperar a pretensão da autora:

- a) não houve demonstração de recolhimento a maior (com a guia ou documento de pagamento);
- b) não foi demonstrado o porquê (fundamentos jurídicos) de ter havido um recolhimento a maior.

Revela-se, assim, absolutamente inviável o pleito de restituição. Fica, inclusive, afetada de morte a possibilidade de defesa da Fazenda Nacional. Não há como argumentar contra o **nada**.

DOS REQUERIMENTOS

Isto posto, a FAZENDA NACIONAL requer a V. Exa. o acatamento da preliminar de incompetência do juízo e a adoção das providências conseqüentes de remessa dos autos para o órgão competente; o acatamento da preliminar de prescrição; o julgamento da improcedência do pleito formulado pela autora; a produção das provas admitidas em direito, se for o caso, e a condenação da requerente nos honorários advocatícios.

**NESTES TERMOS
PEDE DEFERIMENTO**

Brasília, 19 de dezembro de 2005.

Aldemario Araujo Castro
Procurador da Fazenda Nacional