



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

Processo nº 11543.000506/2006-00
Recurso nº 877.960 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.755 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria Pasep - Restituição e Compensação
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO BANANAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 13/01/1988 a 20/02/1996

PASEP. RESTITUIÇÃO. PRAZO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O Carf é incompetente para apreciar matéria relativa à inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 13/01/1988 a 20/02/1996

PASEP. RESTITUIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL

O prazo geral para pedido de restituição é de cinco anos contados da data do recolhimento indevido ou a maior do que o devido.

Recurso voluntário negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

(ASSINADO DIGITALMENTE)

Walber José da Silva - Presidente

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra, Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 127 a 142) apresentado em 22 de janeiro de 2010 contra o Acórdão n. 13-26 883, de 22 de outubro de 2009, da 5ª Turma da DRJ/RJO II (fls. 118 a 121), cientificado em 29 de dezembro de 2009 e que, relativamente a pedido de restituição e declaração de compensação apresentados pela Interessada em 24 de fevereiro de 2006, quanto ao Pasep dos períodos de 13 de janeiro de 1988 a 20 de fevereiro de 1996, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Período de apuração 01/01/1988 a 29/02/1996

PRAZO DECADENCIAL PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO - TERMO INICIAL

O prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, mesmo que o pagamento tenha sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário, inclusive na hipótese de tributos lançados por homologação, conforme preceitua o art 150, § 1º, do CTN

INCONSTITUCIONALIDADE

Não compete à autoridade administrativa apreciar arguições de inconstitucionalidade de norma legitimamente inserida no ordenamento jurídico, cabendo tal controle ao Poder Judiciário

Manifestação de inconformidade impiedente

Direito creditório não reconhecido

O pedido foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fl. 91, em 21 de novembro de 2008, com base na informação fiscal de fls. 89 a 91.

A DRJ assim relatou o litígio:

Trata o presente processo de Pedido de Restituição de fls 01, no valor de R\$ 360.000,00, oriunda de recolhimento de tributo a título de contribuição para o PASEP, considerando a inconstitucionalidade dos DLs 2.445 e 2.449, e edição da Resolução do Senado Federal 49/95, relativo aos períodos de janeiro de 1988 a fevereiro de 1996 (fls 16/31), sendo apresentadas posteriormente as Declarações de Compensação acostadas às fls 34/87

Processo nº 11543 000506/2006-00
Acórdão nº 3302-00.755

S3-C312
Fl. 146

Através do Despacho Decisório de fl 91, que teve como base o Parecer SEORT/DRF-VIT nº 3 163/2008 (fls 89/90), a autoridade fiscal indefeiu o pedido, não homologando as Declarações de Compensação face o transcurso do prazo de 05(cinco) anos entre o pagamento das contribuições e a data de protocolo do Pedido de Restituição – arts 165,I, e 168,I, da Lei nº 5 172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)

Cientificada da decisão em 17/12/2008 (fl 104), o contribuinte apresentou Manifestação de Inconformidade em 18/12/2008, alegando, em síntese que

1 A Lei Complementar nº 118, tem o claro objetivo de conotar jurisprudência dominante, dando ao seu texto eficácia retroativa. Uma verdadeira afronta aos princípios jurídicos basilares do nosso ordenamento pátrio,

2 Isto porque, pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, antes da homologação, o pagamento antecipado não extingiria a obrigação tributária de forma definitiva, mas tão somente sob a condição resolutória da anterior homologação do lançamento (art 150, § 1º do CTN),

3 Inexistindo a homologação, o STJ decidiu não seria possível a extinção do crédito tributário, já que essa teria por pressuposto indispensável aquela;

4 Em resumo, a autoridade administrativa fiscal tem o prazo de 5(cinco) anos (decadencial) para constituir o crédito de que entenda ser titular ou para homologar o lançamento efetuado pelo próprio contribuinte, contado da data do fato gerador do tributo. Por sua vez, o direito de o sujeito passivo pleitear, judicialmente, a restituição ou a compensação (prescricional) do valor pago indevidamente começará a fluir da data da homologação, seja ela expressa ou tácita;

5 É a jurisprudência chamada de "5 mais 5", contando-se até 10(dez) anos a partir da data do fato gerador (os cinco primeiros anos, prazo de decadência, e os cinco restantes, prazo prescricional) para o exercício do direito de ação do contribuinte,

6. Esclareça-se que, por determinado período de tempo – que, aliás, já se encerrou –, a esse último entendimento, o Superior Tribunal de Justiça acrescentou uma outra possibilidade de contagem de prazo prescricional. No caso do STF declarar a inconstitucionalidade de uma lei tributária, o prazo prescricional poderia ser contado, também, a partir da data do trânsito em julgado do acórdão prolatado em Ação Direta de Inconstitucionalidade, em controle concentrado, ou da data da Resolução do Senado Federal, em controle difuso;

7. A declaração de inconstitucionalidade afastaria a presunção de que a lei fosse constitucional, fazendo nascer direito de ação própria, para o pleito de restituição ou compensação. Para ela,

o prazo prescricional começaria a ser contado a partir do momento da citada proclamação;

8. A consideração que nos parece possível, quanto aos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/05, é de inconstitucionalidade do art. 3º da LC 118/05, pela contrariedade ao art. 2º da Constituição Federal que estabelece a separação e a harmonia entre os Poderes, no que respeita ao seu efeito retroativo, além de maltrato ao princípio constitucional do direito adquirido;

9. Em resumo, o tributo declarado inconstitucional deve ser devolvido desde a data de sua exigência vez que o entendimento jurisprudencial esposado foi ma-se nesse sentido.

10. Desta forma, pede-se seja homologado as compensações e julgado o mérito procedente, por não ter ocorrido a prescrição ou decadência, devido o Pedido ter sido formulado antes do prazo prescricional, para posteriormente serem analisados os cálculos

No recurso, a Interessada reafirmou as razões da manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo tomar-se conhecimento.

Quanto ao prazo para o pedido, observe-se que a tese de que o prazo iniciaria-se na data da publicação de resolução do Senado Federal ou de decisão do STF em ação direta também já foi superada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, a única controvérsia que existe atualmente sobre a contagem de prazo para restituição gira em torno de o termo inicial ser a data do recolhimento ou a da homologação tácita (“cinco mais cinco”).

Nesse contexto, deve-se considerar que a tese dos “cinco mais cinco”, além de não se alinhar ao conceito de “actio nata” e aos princípios gerais que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118, de 2000, abaixo reproduzido:

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

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106.

Processo nº 11543 000506/2006-00
Acórdão nº 3302-00.755

S3-C312
F1 147

inciso 1, da Lei no 5 172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após a sua publicação, como ocorreu no Resp nº 644.736-PE.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso extraordinário da União em que se alegara violação à cláusula de reserva de plenário (RE 486.888-PE), determinou ao Superior Tribunal de Justiça que analisasse, por meio do órgão especial, a inconstitucionalidade do dispositivo.

Assim, em acidente de inconstitucionalidade (AI) em embargos de divergência no mencionado recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º em questão, da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO LC 118/2005. NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART 4º. NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA

1 Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento é indispensável a homologação do lançamento. hipótese de extinção albergada pelo art 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art 168, I E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador

2 Esse entendimento, embora não tenha a adesão unânime da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las

3 O art 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal

4 Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência

5 O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art 5º, XXXVI)

6 Arguição de inconstitucionalidade acolhida

Do exposto, conclui-se ser inegável tratar-se de matéria constitucional, uma vez que o mencionado art. 4º determina a aplicação retroativa da interpretação dada pelo art. 3º.

A matéria ainda se encontra em julgamento no Supremo Tribunal Federal (RE 566.621) e, como se trata de matéria constitucional, o disposto no art. 62 do Regimento Interno do Carf, anexo II da Portaria MF nº 256, de 2009, impede que seja afastada da aplicação da lei ao caso concreto, anteriormente à manifestação definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, conforme sua Súmula nº 2, o Carf é incompetente para se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de lei:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária

Dessa forma, embora se trate de tese adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível aplicá-la em sede de decisão administrativa, enquanto não declarada definitivamente sua eventual constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, aplica-se a regra geral de cinco anos contados do recolhimento indevido ou a maior do que o devido e, como o primeiro pedido foi apresentado em 2006, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente 2001, o que abrange a sua totalidade.

À vista do exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2010

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco