



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

Processo nº 13679.000314/2007-66
Recurso nº 177.548 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.762 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria Pasep - Restituição e Compensação
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/03/1998

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

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

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/1997 a 31/03/1998

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 o presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra, Alexandre Gomes e Gileno Guijão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 151 a 162) apresentado em 25 de março de 2009 contra o Acórdão nº 09-22.511, de 11 de fevereiro de 2009, da 2ª Turma da DRJ/JFA (fls. 146 a 148), cientificado em 05 de março de 2009 e que, relativamente a pedido de restituição e declaração de compensação apresentados pela Interessada em 21 de agosto de 2007, relativamente a Pasep dos períodos de agosto de 1997 a março de 1998, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Ano-calendário 1997, 1998, 1999

RESTITUIÇÃO CRÉDITO INEXISTENTE

A ADIN 1417-0 declarou inconstitucional somente a parte final do art 18 da Lei n º 9 715/98

Solicitação indeferida

O pedido foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fls. 121 a 125 em 31 de março de 2008.

A DRJ assim relatou o litígio:

O interessado apresentou Pedido de Restituição de PASEP relativo aos períodos de 11/08/1997 a 19/03/1999, referentes a pagamentos que teriam sido efetuados a maior (fls 01 e seguintes);

Posteriormente transmitiu as DCOMP's relacionadas à fl 121/122, visando compensar os débitos nelas declarados, com crédito acima citado. Essas declarações foram selecionadas para tratamento manual por meio do presente processo;

A DRF-Poços de Caldas/MG emitiu Despacho Decisório, no qual não reconhece o direito creditório e não homologa a compensação pleiteada (fls 121 e seguintes);

A empresa apresenta manifestação de inconformidade (fls 127 e seguintes), na qual alega que:

a) em função da ADIN 1417-0, possui crédito relativo ao período de 06/1997 a 03/1999;

b) não pode ser cobrado a multa de mora, pois esta tem caráter sancionatório, o que pressupõe a prática de um ilícito.

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, inciso I, 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 uniforme da doutrina e nem de todos os juizes, 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 2007, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente 2002, o que abrange a sua totalidade.

Quanto ao mérito, apenas para esclarecimento da matéria, a pretensão da Interessada é descabida.

A ADI nº 1.471, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, como se verá adiante, referiu-se apenas à irretroatividade da MP nº 1.212, de 1995, que foi publicada em novembro de 1995 e pretendeu vigorar a partir de outubro.

É necessário esclarecer o que ocorreu com a MP 1.212, de 1995, e suas reedições e com a Lei n. 9.715, de 1998.

A referida Medida Provisória, de 28 de novembro de 1995, foi publicada no dia 29 de novembro no Diário Oficial da União. Apesar de publicada em novembro, trouxe, em seu art. 15, a seguinte disposição:

Art 15 Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995

A parte final do dispositivo feria o princípio da irretroatividade, previsto no art. 150, III, "b", da Constituição, pois pretendia alcançar fatos ocorridos anteriormente à data de sua publicação.

Essa medida provisória foi reeditada, com alterações, sob os números 1.249, 1.286, 1.325, 1.365, 1.407, 1.447, 1.495, 1.495-8, 1.495-9, 1.495-10, 1.495-11, 1.495-12, 1.495-13, 1.546, 1.546-15, 1.546-16, 1.546-17, 1.546-18, 1.546-19, 1.546-20, 1.546-21, 1.546-22, 1.546-23, 1.546-24, 1.546-25, 1.546-26, 1.623-27, 1.623-28, 1.623-29, 1.623-30, 1.623-31, 1.623-32, 1.623-33, 1.676-34, 1.676-35, 1.676-36, 1.676-37 e 1.676-38, até ser convertida na Lei n. 9.715, de 25 de novembro de 1995. O dispositivo que tratou da eficácia retroativa da norma foi reproduzido no art. 18 da Lei.

Contra a reedição de número 1.325, de 09 de fevereiro de 1996, foi apresentada a ADI n. 1.417, distribuída em 5 de março de 1996. Nessa reedição, o artigo que imprimia o efeito retroativo era o 17.

Na apreciação da medida cautelar, o STF decidiu suspender, até o exame do mérito da ação, o dispositivo do art. 17, unicamente por ferir o princípio da irretroatividade, conforme trecho do voto do Ministro-Relator, Octávio Gallotti abaixo reproduzido:

inconstitucionalidade formal pelo Supremo Tribunal dos decretos-leis citados (RE 148 754), prevalece, obviamente, "extinctum", a invalidade da obrigação tributária questionada

Não pode, pois, a alteração criação da contribuição, já agora pelo emprego do processo legislativo idôneo, pretender tirar partido do passado inconstitucional, de modo a dele extrair a validade do pretendido efeito retrooperante

Acolhendo o parecer e confirmando o decidido quando da apreciação da medida cautelar, julgo, em parte, procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade, no art. 18 da Lei nº 9 715, de 25 de novembro de 1998, da expressão "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995"

A aludida alegação da Procuradoria da Fazenda Nacional baseou-se no fato de a Resolução do Senado Federal n. 49, de 1995, ter sido publicada em 10 de outubro de 1995.

Além dessa ADI, a matéria foi ainda apreciada pelo plenário do STF no julgamento do RE n. 232.896, distribuído em 4 de agosto de 1998.

Em decisão publicada em 1º de outubro de 1999, que resultou na edição, pelo Secretário da Receita Federal, da Instrução Normativa SRF n. 6, de 2000, o STF decidiu o seguinte:

*EMENTA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO
CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PIS-PASEP PRINCÍPIO DA
ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. MEDIDA PROVISÓRIA
REEDIÇÃO*

I - Princípio da anterioridade nonagesimal. C.F., art. 195, § 6º contagem do prazo de noventa dias, medida provisória convertida em lei conta-se o prazo de noventa dias a partir da veiculação da primeira medida provisória

II - Inconstitucionalidade da disposição inscrita no art. 15 da Med. Prov. 1.212, de 28 11 95 "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inscrita nas medidas provisórias reeditadas e na Lei 9 715, de 25 11 98, artigo 18

III - Não perde eficácia a medida provisória, com força de lei, não apreciada pelo Congresso Nacional, mas reeditada, por meio de nova medida provisória, dentro de seu prazo de validade de noventa dias IV - Precedentes do STF ADIn 1 617-MS, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 15 8 97; ADIn 1 610-DF, Ministro Sydney Sanches, RE nº 221 856-PE, Ministro Carlos Velloso, 2ª T, 25 5 98 V - RE conhecido e provido, em parte

Conforme trecho do Ministro-Relator, Carlos Velloso, abaixo reproduzido, pode-se verificar que a questão da anterioridade foi apreciada no RE:

O RE é de ser conhecido e provido, no ponto, em parte, simplesmente para que seja observado o princípio da

anterioridade nonagesimal, contados os noventa dias a partir da veiculação da Med. Prov. nº 1.212, de 28/11/95, pelo que declaro a inconstitucionalidade da disposição inscrita no seu artigo 15 - "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995"

Portanto, o RE apreciou apenas a aplicação do princípio da anterioridade nonagesimal, matéria que não foi objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.417, conforme já esclarecido.

Como se vê, nas próprias decisões mencionadas, o STF reconheceu claramente a aplicação da MP nº 1.212, de 1995, a partir de março de 1996.

Veja-se que em vários outros acórdãos o STF confirmou esse posicionamento. O que deve ser entendido é que a MP reeditada não apenas entra em vigor na data de sua publicação como revalida os efeitos da MP anterior. No Agravo Regimental no RE nº 332.640/RS, o STF decidiu, por unanimidade de votos, o seguinte:

"EMENTA AGRAVO REGIMENTAL ADMINISTRATIVO SERVIDORES PÚBLICOS VENCIMENTOS REAJUSTE DE 47,94% PREVISTO NA LEI Nº 8.676/93 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 434/94 ALEGADA OFENSA AOS ARTS 5º, XXXVI, E 62 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Questão já apreciada pelo STF (ADIMC 1.602, Rel. Min. Carlos Velloso), quando se reconheceu a constitucionalidade da reedição de medidas provisórias e, conseqüentemente, a eficácia da medida reeditada dentro do prazo de trinta dias Reeditada a MP 434/94, conquanto por mais de uma vez, mas sempre dentro do trintídio, e, afinal, convertida em lei (Lei nº 8.880/94), não sobrou espaço para a falar-se em repristinação da Lei nº 8.676/93 por ela revogada e nem, obviamente, em aquisição, após a revogação, de direito nela fundado Agravo regimental desprovido" (DJ de 07 março de 2003, p. 40, Vol. 2101-03, p. 609)

Tal entendimento foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou a procedência de argumentação semelhante à trazida pela Interessada no recurso:

RECURSO ESPECIAL TRIBUTÁRIO PIS REPRISTINAÇÃO NÃO-OCORRÊNCIA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS-LEIS NS 2.445/88 E 2.449/88 DISTINÇÃO DE REVOGAÇÃO LEI N 7/70 EXIGIBILIDADE ATÉ A MP N 1.212/95 E SUAS REEDIÇÕES

Os Decretos-leis ns 2.445/88 e 2.449/88 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução n. 49/95 do Senado Federal. Tal entendimento somente poderá ser aplicado até o início da vigência da Medida Provisória n. 1.212, de 28 de novembro de 1995, e suas reedições. Impõe-se considerar que, não-obstante as resoluções impugnadas não sejam válidas em face da Lei Complementar n. 7/70, esta, por outro lado, tem plena aplicação.

Os Decretos-leis ns 2.445 e 2.449/88 não revogam a Lei Complementar n. 7/70, portanto não ocorre repristinação. Houve declaração de inconstitucionalidade, o que acarreta a nulidade da norma e gera efeitos ex tunc. Precedentes.

Processo nº 13679-000314/2007-66
Acórdão nº 3302-00.762

S3-C3T2
Fl. 168

Recurso especial improvido (REsp 512271 / PR, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, 2ª Turma, Data do Julgamento: 15 fev 2005, DJ 02 mai 2005, p. 276.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI, EM CONTROLE CONCENTRADO. SUSPENSÃO DOS DISPOSITIVOS PELO SENADO. EFICÁCIA EX TUNC. INAPTIÇÃO DA LEI INCONSTITUCIONAL PARA PRODUZIR QUAISQUER EFEITOS. INOCORRÊNCIA DE REVOGAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E REVOGAÇÃO DE LEI. PIS. EXIGIBILIDADE NOS MOLDES DA LC 7/70 ATÉ MARÇO/1996, A PARTIR DE QUANDO COMEÇA A VIGORAR A SISTEMÁTICA PREVISTA NA MP 1 212/95.

1 O vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, tem efeitos meramente declaratórios. Nada constitui nem desconstitui. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou à nulidade do preceito normativo, é ex tunc.

2 A revogação, contrariamente, tendo por objeto norma válida, produz seus efeitos para o futuro (ex nunc), evitando, a partir de sua ocorrência, que a norma continue incidindo, mas não afetando de forma alguma as situações decorrentes de sua (regula) incidência, no intervalo situado entre o momento da edição e o da revogação.

3 A não-repristinação é regra aplicável aos casos de revogação de lei, e não aos casos de inconstitucionalidade. É que a norma inconstitucional, porque nula ex tunc, não teve aptidão para revogar a legislação anterior, que, por isso, permaneceu vigente.

4. No caso dos autos, a suspensão da execução dos Decretos-leis 2445/88 e 2449/88, em razão do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pelo STF, faz com que não tenham essas leis jamais sido aptas a realizar o comando que continham, permanecendo a sistemática de recolhimento do PIS, estabelecida na Lei Complementar 7/70, inalterada até março de 1996, quando passou a produzir efeito a MP 1 212/95 (ADIn 1 417-0/DF, Pleno, Min. Octávio Gallotti, DJ de 23 03 2001).

5 Recurso especial a que se nega provimento (REsp 587518 / PR, Relator: Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Turma, Data do Julgamento: 04 mar 2004, DJ 22 mar 2004, p. 254, RSTJ vol 183, p. 141.)

Portanto, o pedido foi apresentado a destempo e, de toda forma, no mérito não caberia razão à Interessada.

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

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2010

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco