



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

Processo n° 19679.001884/2006-79
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2802-00.919 – 2ª Turma Especial**
Sessão de 26 de julho de 2011
Matéria IRPF.
Recorrente PEDRO FEITOSA SALGUEIRO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 2001

Ementa:

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA - MOLÉSTIA GRAVE - DECADÊNCIA

Na conformidade do disposto no art. 168 do CTN, o pedido de restituição do indébito tributário, pago a título de imposto de renda incidente sobre rendimentos de aposentadoria, tomando-se em conta o benefício da isenção por moléstia grave, deve ser pleiteado dentro dos cinco anos, contados da data do pagamento indevido ou a maior. Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado digitalmente)

Jorge Claudio Duarte Cardoso - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite - Relatora.

EDITADO EM: 18/07/2012

Participaram, do presente julgamento os Conselheiros: Jorge Claudio Duarte Cardoso (Presidente), German Alejandro San Martin Fernandez, Lucia Reiko Sakae, Carlos Andre Ribas de Mello, Dayse Fernandes Leite e Sidney Ferro Barros.

Relatório

PEDRO FEITOSA SALGUEIRO, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, interpõe recurso voluntário a este Colegiado (fls.17/21) contra a decisão do Delegado da Receita Federal de Julgamento de São Paulo II- SP, que julgou improcedente o pedido de restituição de imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos recebidos pelo recorrente no ano calendário de 2000, por ser portador de moléstia grave.

O pedido de restituição foi indeferido, através de despacho da Delegacia da Receita Federal, de fls. 10 por entender aquela autoridade que não restou comprovado que o contribuinte era portador de patologia no período pleiteado.

O recorrente impugna o despacho decisório, alegando, em síntese, que:

- a autoridade administrativa desconhece os procedimentos da própria RFB, conforme instruções constantes em seu endereço eletrônico, ao exigir o preenchimento de PER/DCOMP para restituição do imposto retido sobre o 13º salário;
- todos os documentos elencados nas instruções constantes no endereço eletrônico da RFB - laudo pericial, comprovantes da condição de aposentado, comprovantes da retenção - foram encaminhados juntamente com o pedido de restituição e que se não foram recebidos deveria ter sido solicitado o seu reenvio;
- é funcionário público aposentado desde 18/06/1998, sofreu cirurgia no rim esquerdo quando ficou constatada a ocorrência de neoplasia renal maligna, conforme exame anátomo patológico datado de 17/11/1985, estando sujeito a acompanhamento clínico desde então;
- o Laudo de Inspeção de Saúde de fl. 05 comprova que é portador de patologia relacionada no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, tendo sido autorizada a suspensão do desconto do imposto de renda na fonte a partir de julho de 2005.
- em face do exposto requer a restituição do imposto incidente sobre o 13º salário, uma vez comprovado por documentos oficiais que é portador de neoplasia maligna desde 1985, submetendo-se até hoje a exames periódicos.

A Sétima Turma da Delegacia da Receita Federal de julgamento São Paulo(SP), ao examinar o pleito, proferiu o acórdão nº 17-30.020, de 12 de fevereiro de 2009, que se encontra às fls. 46 a 50 cuja ementa é a seguinte:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA – IRPF

Ano-calendário: 2000

ISENÇÃO. PROVENTOS DE APOSENTADORIA.
PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE.

Para fazer jus à isenção prevista no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 1988, o beneficiário do rendimento deverá comprovar ser portador da moléstia mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Solicitação Indeferida

Não concordando com o teor da decisão proferida, o contribuinte apresentou em 14/05/2007, recurso voluntário de fls. 52/54, alegando, em apertadíssima, síntese, que seus rendimentos são isentos de imposto sobre a renda, por ser aposentado e portador de moléstia grave. Visando comprovar o alegado junta traz aos autos uma vasta documentação às fls 30 a 54.

É o relatório.

Voto

Conselheira Dayse Fernandes Leite, Relatora

O recurso é tempestivo. Dele tomo conhecimento.

Como se vê, cuida-se de pedido de restituição de imposto pago, sob o fundamento de que o Contribuinte era portador de moléstia grave. Conforme relatado acima, o pedido original tinha por fundamento o recebimento de imposto de renda retido na fonte, incidente sobre o 13º salário do ano de 2000, sob a alegação de ser portador de moléstia grave.

No presente caso, o recorrente protocolou o pedido de restituição em 16/02/2006, pleiteando reaver o imposto do ano calendário de 2000. Ocorre que já estava extinto o direito do mesmo de pleitear a restituição do imposto de renda na fonte incidente sobre rendimentos recebidos no período solicitado, ou seja, ano-calendário de 2000, posto que já havia transcorrido o prazo de cinco anos previstos no art. 168, I, CTN.

É pacífico o entendimento majoritário deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que na regra geral o prazo decadencial do direito à restituição do tributo encerra-se após o decurso de cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido.

Observando-se de forma ampla e geral é líquido é certo que já havia ocorrido à decadência do direito de pleitear a restituição do período anterior a dezembro de 2000, já que segundo o art. 168, I, c/c o art. 165 I e II, ambos do Código Tributário Nacional, o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, contados da data de extinção do crédito tributário.

Assim se manifesta a legislação de regência:

Código Tributário Nacional:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I – o pagamento;

(...).

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 art. 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;

(...).

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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”

Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999:

Art. 900. O direito de pleitear a restituição do imposto extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados:

I – da data do pagamento ou recolhimento indevido.

Como visto, não resta dúvidas que, de acordo com a legislação de regência, é cristalino que o contribuinte dispõe do prazo de 5 anos para requerer a devolução de um tributo pago indevidamente, ou seja, trata-se de prazo decadencial que extingue o direito de pleitear a restituição, isto é se o contribuinte ficar na inércia durante o período de abrangência ocorrerá o prazo decadencial do direito de pleitear a restituição desejada

No que toca aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso destes autos, a matéria foi alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, tendo a jurisprudência do STJ oscilado entre duas correntes: a que estabelecia o marco inicial com o pagamento/retenção (princípio da *actio nata* - ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003) e a que considerava que, não havendo homologação expressa, o termo inicial ocorre com a homologação tácita contada a partir do fato gerador.

Essa última corrente veio a consolidar-se no âmbito daquele Tribunal Superior sob a denominação de *tese dos 5 mais 5*.

Ocorre que no intuito de interpretar o inciso I do art. 168 do CTN foi publicada, no Diário Oficial da União (DOU) de 9 de fevereiro de 2005, a Lei Complementar nº 118, de mesma data, estipulando que, no caso de tributos sujeito a lançamento a extinção do crédito tributário a que se refere ao inciso I do art. 168 do CTN ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 do CTN.

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.

Além disso, a referida Lei Complementar em seu art. 4º dispôs expressamente sobre a observância do inciso I do art. 106 do CTN, que por sua vez prescreve a aplicação retroativa, em qualquer caso, quando se trate de lei expressamente interpretativa.

Eis os textos legais supra indicados:

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.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (...)

O presente julgado subsume-se aos ditames dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

O STJ primeiramente consolidou o entendimento de que referida Lei Complementar somente seria aplicável aos processos ajuizados após sua vigência e, em seguida, firmou entendimento de que somente é aplicável aos pagamentos efetuados após sua vigência (AgRg nos ERESP 644.736-PE, DJ 27/8/2007. REsp 1.002.932-SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/11/2009)

Ao assim decidir, o Tribunal Superior afastou a aplicação da Lei Complementar por inconstitucionalidade, ainda que não houvesse deixado esse fundamento exposto.

Contudo, essas decisões foram objeto de apelo ao STF (RE 482090/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa) porque, ainda que não mencionada expressamente a inconstitucionalidade, ao afastar a aplicação da Lei Complementar 118/2005, sob o fundamento de que feria princípios como os da segurança jurídica, da irretroatividade ou do direito adquirido, o STJ somente poderia declarar a inconstitucionalidade da lei com observância à reserva de plenário, estampada no art. 97 da Constituição de 1988.

O Pleno do STF determinou a devolução da matéria ao órgão fracionário do STJ, a fim de que fosse observado o art. 97 da CF.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A INCIDÊNCIA DE NORMA FEDERAL. CAUSA DECIDIDA SOB CRITÉRIOS DIVERSOS ALEGADAMENTE EXTRAÍDOS DA CONSTITUIÇÃO. RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005, ARTS. 3º E 4º. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (LEI 5.172/1966), ART. 106, I. RETROAÇÃO DE NORMA AUTO-INTITULADA INTERPRETATIVA. "Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar -

afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição" (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21.05.1999). Viola a reserva de Plenário (art. 97 da Constituição) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça. (RE 482090/SP, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento de 18/06/2008, Tribunal Pleno).

Suprida essa deficiência, o STJ veio a declarar pelo seu Órgão Especial a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da Lei Complementar 118/2005 (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). (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

Levada a questão ao STF, no RE 561.908-RG/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, implicando na suspensão do processamento dos demais processos até decisão do STF no referido Recurso Extraordinário, nos termos do parágrafo único do art. 328, Regimento Interno do STF e do art. 543-B do CPC.

De outro giro, o Plenário do STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, que trata da mesma matéria (Informativo STF nº 585), cujos votos até então prolatados podem ser resumidos da seguinte forma:

1) a ministra Ellen Gracie adotou, o entendimento do próprio STF na Súmula 445, em detrimento da aplicação do art. 2.028 do Código Civil, e reconheceu que, tendo a Lei Complementar nº 118/2005 estabelecido aplicação retroativa, só caberia eliminar o que é inconstitucional, não havendo lacuna que permita a invocação do art. 2.028 do Código Civil, considerando inconstitucional a segunda parte do artigo 4º da LC 118/05, por violação à segurança jurídica, entendendo aplicável o novo prazo às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

2) o ministro Marco Aurélio foi o segundo a votar e abriu a divergência em relação ao voto da ministra Ellen Gracie, entendendo que a Lei Complementar nº 118/2005 apenas interpreta a regra que já valia – ou seja, a reclamação dos valores pagos indevidamente deve ser feita no prazo de cinco anos segundo o que estaria previsto desde 1966, no CTN, segundo o Ministro Marco Aurélio, foi o STJ que flexibilizou indevidamente esse prazo para dez anos;

3) os ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso votaram de acordo com a ministra Ellen Gracie, entretanto, para o ministro Celso nº 118, de mesma data, estipulando que, no caso de tributos sujeito a lançamento a extinção do crédito tributário a que se refere ao inciso I do art. 168 do CTN ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o §1º do art. 150 do CTN.

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.

. 4) os ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Gilmar Mendes votaram com o Ministro Marco Aurélio.

O julgamento foi suspenso para aguardar-se o voto do Ministro Eros Grau

Um fato é certo, não aplicar ao presente litígio o marco inicial estipulado pelo art. 3º c/c art. 4º da Lei Complementar 118/2005 requer fundamentação em inconstitucionalidade do dispositivo legal. Portanto, o julgamento deste processo envolve preliminarmente a discussão sobre a competência desse Conselho Administrativo.

Sobre esse ponto há previsão expressa no art. 62 do Regimento Interno do CARF (Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;*
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou*
- c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.*

Não se trata de qualquer de qualquer dessas hipóteses excepcionais.

Ressalte-se que não há pronunciamento do Plenário do STF em decisão definitiva. Pelo contrário, a matéria ainda está em julgamento no STF, cujos informativos de jurisprudência dão conta de que os Ministros da Corte Suprema estão divididos.

Ademais, de mesmo teor das Súmulas 2 dos 1º e 2º Conselhos de Contribuintes é a Súmula CARF nº 2, de observância obrigatória pelos membros do CARF (art. 72 do Regimento Interno do CARF).

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

Tratando do mesmo tema a CSRF tem proferido diversos acórdãos em que, com fulcro na incompetência do CARF para afastar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, julga o litígio aplicando o marco inicial com a interpretação dada pela Lei Complementar nº 118/2005, tendo, inclusive, com base no acórdão paradigma proferido no recurso voluntário nº 227.494 julgado vários processos na sistemática de recursos repetitivos, nos termos do art. 47 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009.

A título de exemplo, há os acórdãos 9303-00.638 a 9303-00.641, de 2 de fevereiro de 2002, Presidente e Relator Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto que foram assim ementados:

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

Peço vênia para transcrever apenas alguns trechos do voto paradigma proferido pelo ilustre Relator Conselheiro Henrique Pinheiro Torres no acórdão 9303-00545, de 1º de fevereiro de 2010.

Vale dizer, como observou a Primeira Turma desta Corte por ocasião do julgamento do RE 24 0.096 (rei. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 21.05.1999), “reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que - embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.

(...)

Da leitura do acórdão, dúvida não há que, segundo o Supremo Tribunal Federal, qualquer medida no sentido de afastar a aplicação de dispositivo de lei vigente, importa em controle incidental de inconstitucionalidade.

Em outro giro, como bem destacou o Ministro Joaquim Barbosa no voto condutor do acórdão transcrito linhas acima, o art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005 pretendeu superar o entendimento vigente sobre o termo inicial da prescrição e firmar uma única possibilidade interpretativa para a contagem do prazo de prescrição de indébito relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação. Agora, se o art. 4º, que determinou a aplicação retroativa da interpretação trazida no art. 3º, padece de vício de inconstitucionalidade, não cabe a este Colegiado isto declarar, como será demonstrado a seguir.

(...)

Um dos pilares do entendimento da CSRF em referência é a forma como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil.

Quanto ao momento de sua realização, o controle é dividido em preventivo e repressivo, o primeiro realizado durante o processo legislativo e, o segundo, após a entrada em vigor da lei.

O preventivo é exercido, inicialmente, pelas Comissões de Constituição e Justiça do Poder Legislativo (art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara Federal e art. 110 do Regimento Interno do Senado Federal, todos fundamentados no art. 58 da CF/88) e, posteriormente, pela participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, quando poderá vetar a lei aprovada pelo Congresso Nacional por entendê-la inconstitucional, nos termos do art. 66, § 1º, da CF/88, denominado veto jurídico.

Por sua vez, se o projeto de lei é de iniciativa do Poder Executivo, ou se se trata de Medida Provisória, há, ainda, além dos controles de constitucionalidade acima mencionados, o realizado previamente, no âmbito do Poder Executivo, pela Casa Civil da Presidência da República, por força do estatuído no art. 2º da Lei nº 9.649, de 27/05/1998, que assim dispõe:

Art. 2º. À Casa Civil da Presidência da República compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente na coordenação e na integração das ações do governo, na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais, ... (grifo nosso).

O repressivo, por sua vez, poderá se dar de maneira concentrada, por via de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade, competindo em ambos os casos, somente, ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar tais ações, conforme dispõe a alínea "a" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal de 1988.

Pode ainda o controle repressivo dar-se de forma difusa, ou seja, como incidente processual, no julgamento de casos concretos.

Depois de tudo o que aqui foi dito, pergunta-se:

- podem os órgãos judicantes da administração afastar a aplicação de lei inconstitucional?

- podem esses órgãos afastar a aplicação de lei que entenderem inconstitucional ou incompatível com a constituição?

A resposta à primeira pergunta é positiva, pois a lei inconstitucional, como bem asseverou Marshal, não é lei, é ato nulo. Por conseguinte, não obriga, não vincula ninguém.

Já a resposta à segunda pergunta é negativa, pois da interpretação sistemática da Constituição Federal (especialmente dos seus arts. 97; 102, III, "a" e "c"; e 105, II, "a" e "b"), tem-se que a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade é exclusiva do Poder Judiciário e estendida a todos os seus componentes.

Nesse sentido, valiosas são as palavras do ex-Procurador-Geral da República e Professor Titular da Universidade de Brasília, Dr. Inocêncio Mártires Coelho, conforme elucidativo artigo por

ele publicado na Revista Jurídica Virtual (nº 13) da Presidência da República, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

*...Nessa linha de raciocínio - que ousaríamos chamar fática, livre e realista - e ainda acompanhando o pensamento do maior jurista do século XX, pode-se dizer, igualmente, que sem aquela declaração de incompatibilidade, **proferida pelo órgão a tanto legitimado, nenhuma norma será reputada inconstitucional; que onde a Constituição não atribuir a algum órgão, distinto do que produz as leis, a prerrogativa de aferir-lhes a constitucionalidade, norma alguma poderá reputar-se inconstitucional; e que, finalmente, enquanto não for anulada - e nos limites em que o seja - toda lei é simplesmente constitucional...** (grifo nosso).*

*Por tais razões, pode-se concluir, que, não tendo a Constituição Federal de 1998 dado competência a órgãos da administração para efetuarem o controle repressivo de constitucionalidade das leis, não podem seus órgãos judicantes afastar a aplicação de lei que julgarem inconstitucional, pois **competência não tem quem quer, mas quem a teve atribuída pela Constituição.***

No mesmo sentido, é a lição de Lúcio Bittencourt¹ a respeito da incompetência dos órgãos do Poder Executivo para afastar a aplicação de uma lei sob alegação de sua inconstitucionalidade:

*É princípio assente entre os autores, reproduzindo a orientação pacífica da jurisprudência, que milita sempre em favor dos atos do Congresso a presunção de constitucionalidade. **É que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do Texto constitucional**, de sorte que, quando uma lei é posta em vigor, já o problema de sua conformidade com o Estatuto Político foi objeto de exame e apreciação, devendo-se presumir boa e válida a resolução adotada.*

(...)

Desta feita, se o órgão administrativo deixa de aplicar lei vigente por considerá-la inconstitucional, não apenas invade a esfera de competência do Poder Judiciário como também fere de morte um dos princípios norteadores da administração pública, qual seja, o princípio da hierarquia, pois se está discordando do Chefe do Poder Executivo que, ao não vetar a lei, está reconhecendo sua constitucionalidade.

(...)

*A declaração incidental de inconstitucionalidade de lei é ato de tamanha **gravidade**, que, desde a Constituição Federal de 1934, há exigência expressa de reserva de plenário para que os tribunais exerçam o controle difuso de constitucionalidade. Por essa regra, suscitado o incidente de inconstitucionalidade por um dos membros do tribunal, suspende-se o julgamento do processo e remete-se a questão incidental para o pleno ou órgão que o represente. A inconstitucionalidade somente será declarada por voto da maioria absoluta dos membros do*

¹ Bittencourt, Lúcio - O Contrôlo Jurisdicional da Constitucionalidade, Forense, 1968, 2ª edição, págs.91 a 96

tribunal (art. 97 da Seção I do Capítulo III - Do Poder Judiciário - do Título IV - Das Organizações dos Poderes da CF/88). Essa exigência veio para uniformizar a interpretação constitucional no âmbito de cada tribunal. E como se processaria o incidente de inconstitucionalidade no processo administrativo, já que, diferentemente do que ocorre nos tribunais do Judiciário, nos administrativos não há a previsão para tal. Aliás, não poderia mesmo haver, pois, conforme já fartamente demonstrado, órgão nenhum da administração tem poderes para exercer o controle difuso de constitucionalidade.

Ora, se para os tribunais do Judiciário é exigida a reserva de plenário, como então, querer que os órgãos judicantes da administração, por suas turmas ou Câmaras, possam exercer o controle de constitucionalidade. Se assim fosse possível, a esfera administrativa estaria investida de mais poder do que o próprio judiciário. E o que dizer, então, da impossibilidade de a Fazenda Nacional recorrer ao Supremo Tribunal Federal fazendo a instância administrativa julgar determinada lei inconstitucional, o que não ocorre quando o controle é feito no Judiciário.

Veja-se ao absurdo a que chegaríamos: se determinada lei fosse declarada inconstitucional em controle difuso, a questão, se as partes forem diligentes, iria ser decidida, em última instância, pelo STF. Agora reparem, se a inconstitucionalidade fosse apontada na esfera administrativa, a questão sequer chegaria a ser discutida no Judiciário, que dirá no Supremo Tribunal Federal. Com isso, a decisão administrativa teria mais força do que a de todos os outros órgãos do Poder Judiciário, à exceção do Supremo. Em outras palavras, em matéria de inconstitucionalidade, a Câmara Superior de Recursos Fiscais estaria alçada no mesmo patamar do STF, pois da decisão que declarasse alguma lei inconstitucional, assim como ocorre no STF, não caberia qualquer recurso.

De tudo o que foi dito, resta concluir que falece aos órgãos judicantes da Administração competência para afastar a aplicação de lei ainda vigente. Missão atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário.

Por fim, oportuno registrar que o pedido de restituição, objeto do presente processo, foi formulado quando já em vigor a Lei Complementar 118/2005, assim, fica afastada possível controvérsia acerca da definição do termo inicial do prazo para pleitear a restituição nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, bem como é um caso não abrangido pela controvérsia a ser solucionada no RE561908.

Não obstante o acórdão recorrido tenha manifestado entendimento de que não há comprovação nos autos de que o contribuinte era portador de patologia grave e portanto não teria o direito a isenção prevista no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com o reconhecimento da decadência do direito de pleitear a restituição, ou mesmo prescrição para quem entende dessa forma, fica prejudicada a apreciação de ter ou não o direito de usufruir dos revista no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22/12/1988,

Diante do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Brasília/DF, Sala de Sessões, 26 de julho de 2011

(Assinado digitalmente)

Dayse Fernandes Leite

CÓPIA