



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

Processo nº 13607.001513/2007-35
Recurso nº 513.413 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.759 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria Pasep - Restituição e Compensação
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL VESPASIANO / MG
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 11/06/1996 a 17/03/1999

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: 11/06/1996 a 17/03/1999

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

disposições contidas nos artigos 156, I, 165, I e 168, I, do CTN, no Ato Declaratório SRF nº 96, de 26 de novembro de 1999, e no artigo 26, §§ 5º e 10, da Instrução Normativa SRF nº 600, de 28 de dezembro de 2005

Cientificada da decisão em 19/11/2008 (fl 125), a contribuinte manifestou, em 15/12/2008 (fl 126), sua inconformidade, alegando, em síntese e fundamentalmente, que (fls 127/136)

após a proclamação da inconstitucionalidade pelo STF acerca da vigência das MP e da lei em questão, de acordo com o posterior publicação da Resolução do Senado Federal nº 10, de 2005, temos um lapso temporal entre 1º de outubro de 1995 e 25 de novembro de 1998 (conversão na Lei nº 9.715, de 1999), deixando este período sem o termo inicial para a exigência do tributo,

ou seja, apenas a partir de fevereiro de 1999, em conformidade com o prazo nonagesimal para entrada em vigor da Lei nº 9.715, de 1998, é que passa a referida lei a ter eficácia real, plena.

inexistindo vigência e alcance da norma no período de 01/10/1995 a 25/02/1999, terá total condição jurídica para pleitear o tributo que foi pago indevidamente por posterior declaração de inconstitucionalidade,

a contagem do prazo para que possa exercer seu pedido de restituição dos pagamentos realizados com base em norma, ou parte dela, posteriormente declarada inconstitucional, inicia-se da publicação da Resolução do Senado Federal, que gera efeitos erga omnes e eficácia ex tunc,

este é o posicionamento jurisprudencial que vem prevalecendo tanto no Conselho de Contribuintes quanto na Câmara Superior de Recusos Fiscais e, ainda, na doutrina,

acompanha em anexo Diário do Senado Federal com o Parecer nº 683, de 2005, e a Resolução nº 10, de 2005

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:

É, contudo, inegável o relevo da arguição de retroatividade da cobrança, expressamente estipulada na cláusula final do art 17 do ato impugnado, em confronto com o princípio consagrado no art 150, III, "a", da Constituição

Satisfeitos os pressupostos legais à sua concessão, defiro, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender os efeitos da expressão "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995", contida no art 17 da Medida Provisória nº 1.325, de 9 de fevereiro de 1996

A decisão foi publicada no DOU no dia 24 de maio de 1996.

Processo nº 13607-001513/2007-35
Acórdão nº 3302-40-759

S3-C312
Fl 203

Na apreciação do mérito, o STF manteve a decisão da cautelar, em acórdão publicado em 23 de março de 2001.

Recordo que data de 29 de novembro de 1995 a publicação da Medida Provisória nº 1212, ponto de partida da estirpe legisfante ininterrupta de que ora nos ocupamos, e onde já se fazia presente (art. 15) a cláusula de vigência a partir de 1º de outubro de 1995

No intuito de justificar esse efeito retroativo, aduz, às fls 4819, o parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, anexado às informações

"No caso 'sub examine', como demonstrado, a Medida Provisória nº 1325/96 não instituiu e nem modificou a base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP. Apenas dispôs acerca de aspectos pertinentes à incidência das referidas exações, tendo em vista a suspensão da eficácia dos Decretos-leis nºs 2445 e 2449/88, pelo Senado Federal. Manteve as mesmas alíquotas e as mesmas bases de cálculo previstas pelas Leis Complementares 7 e 8/70

"22 A edição da MP teve por finalidade evitar que houvesse uma eventual 'vacatio' decorrente de uma equivocada interpretação da suspensão efetivada pelo Senado, a qual poderia ensejar a paralisação do recolhimento das contribuições, em virtude de dúvidas dos contribuintes e administradores a respeito de como recolher e calcular as multicitadas contribuições. Em não havendo instituição e nem modificação das contribuições, pela criticada Medida Provisória, não há que se cogitar em observância do prazo de 90 dias para a referida norma poder ser aplicada

"23 Por esse mesmo motivo, também carece de razão o argumento da Requerente de que haveria retroatividade da Medida impugnada e das suas antecessoras. Ora, a norma em tela imbuu-se de natureza explicativa e regulamentadora de Lei Complementar e exações já existentes, sem em nada alterá-las. Assim, qual a ofensa ao Texto Constitucional praticada? Qual o prejuízo financeiro ou moral causado? 'Permissa venia', as alegações da Requerente são completamente vazias e despidas de fundamentação" (fls 4819)

Note-se, contudo, que, em face da suspensão determinada pelo Senado Federal (Res 49-95) e decorrente da declaração de 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 ulterior 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 iuti operante

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 trinta 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 n. 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.

Processo nº 13607 001513/2007-35
Acórdão nº 3302-00.759

S3-C312
F1 204

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 1602. 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 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 NºS 2.445/88 E 2.449/88. DISTINÇÃO DE REVOGAÇÃO LEI Nº 7/70. EXIGIBILIDADE ATÉ A MP Nº 1.212/95 E SUAS REEDIÇÕES

Os Decretos-leis nºs 2.445/88 e 2.449/88 foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal e tiveram sua eficácia suspensa pela Resolução nº 49/95 do Senado Federal. Tal entendimento somente poderá ser aplicado até o início da vigência da Medida Provisória nº 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 nº 7/70, esta, por outro lado, tem plena aplicação.

Os Decretos-leis nºs 2.445 e 2.449/88 não revogaram a Lei Complementar nº 7/70, portanto não ocorre repristinação. Houve declaração de inconstitucionalidade, o que acarreta a nulidade da norma e gera efeitos ex tunc. Precedentes.

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. INAPTIDÃO 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 1212/95

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 puramente 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 (regular) 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 1212/95 (ADIn 1417-0/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