



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

Processo nº 13657.000800/2007-32
Recurso nº 176442 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.761 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria Pasep - Restituição e Compensação
Recorrente MUNICÍPIO DE SANTA RITA DO SAPUCAÍ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/1995 a 28/02/1999

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: 01/11/1995 a 28/02/1999

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

Participaram, ainda, 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. 106 a 117) apresentado em 04 de maio de 2009 contra o Acórdão nº 09-22.509, de 11 de fevereiro de 2009, da 2ª Turma da DRJ/JFA (fls. 101 a 103), cientificado em 07 de abril de 2009 e que, relativamente a pedido de restituição e declaração de compensação apresentados pela Interessada em 17 de setembro de 2007, relativamente a Pasep dos períodos de novembro de 1995 a fevereiro de 1999, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998, 1999

RESTITUIÇÃO CRÉDITO INEXISTENTE.

A ADIN 1417-0 declarou inconstitucional somente a parte final do art. 18 da Lei nº 9.715/98

DECADÊNCIA

O direito de pleitear restituição extingue-se em 05 anos conforme artigo 168 - CTN

Solicitação indeferida

O pedido foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fls. 83 a 86, de 25 de setembro de 2007.

A DRJ assim relatou o litígio:

O interessado apresentou Pedido de Restituição de PASEP relativo aos anos de 1996 a 1999 (fls 01 e seguintes).

A DRF-Varginha/MG emitiu Despacho Decisório, no qual não reconhece o direito creditório pleiteado sob o argumento de extinção do direito de pleitear (fls 83 e seguintes).

O Município apresenta manifestação de inconformidade (fls 91 e seguintes), na qual alega que o termo inicial para a contagem do prazo para o pedido de restituição é a data de publicação da Resolução nº 10/2005 do Senado Federal.

É o breve relatório

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

É o relatório.

Processo nº 13657 000800/2007-32
Acórdão nº 3302-00.761

S3-C3T2
Fl 126

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 REIROATIVA

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 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 mensuros 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:

Resolução do Conselho de Impugnação e Recurso por JOSÉ OTACÍLIO FRANCISCO, 2009/0040, pelo STJ. RECURSO DE CANCELAMENTO DE ATOS OU DE PARTES DE ATOS ADMINISTRATIVOS por JOSÉ OTACÍLIO FRANCISCO, 2009/0040, pelo STJ. RECURSO DE CANCELAMENTO DE ATOS OU DE PARTES DE ATOS ADMINISTRATIVOS por JOSÉ OTACÍLIO FRANCISCO, 2009/0040, pelo STJ.

Processo nº 13657 000800/2007-32
Acórdão nº 3302-00.761

S3-C312
FI 127

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

Processo nº 13657 000800/2007-32
Acórdão nº 3302-00 761

S3-C312
F1 128

decretos-leis citados (RE 148 754), prevaleça, 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 cooperante

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 inserida no art 15 da Med Provis 1 212, de 28 11 95 "aplicando-se aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de outubro de 1995" e de igual disposição inserida 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 Sanchez; RE nº 221.856-PE. Ministro Carlos Velloso, 2º 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

Processo nº 13657 000800/2007-32
Acórdão nº 3302-00.761

S3-C312
FI 129

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 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 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-repistinação 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 2 443/88 e 2 449/88, 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