



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

**Processo nº** 10830.001842/2006-63  
**Recurso nº** 269347 Voluntário  
**Acórdão nº** 3302-00.731 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 10 de dezembro de 2010  
**Matéria** Cofins - Restituição  
**Recorrente** TÊXTIL TAPECOL S/A IND. E COM.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/09/2000

COFINS. 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: 01/02/1999 a 30/09/2000

COFINS. 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. 35 a 51) apresentado em 24 de março de 2009 contra o Acórdão nº 05-24.696, de 26 de janeiro de 2009, da 3ª Turma da DRJ/CPS (fls. 30 a 32), cientificado em 25 de fevereiro de 2009 e que, relativamente a pedido de restituição apresentado pela Interessada em 19 de abril de 2006, quanto à Cofins dos períodos de fevereiro de 1999 a setembro de 2000, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

*ASSUNTO CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS*

*Período de apuração 01/02/1999 a 30/09/2000*

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO EXTINÇÃO DO DIREITO*

*O prazo para o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou a maior que o devido extingue-se após o prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito Tributário*

*PEDIDO DE RESTITUIÇÃO PROVA*

*Cabe ao sujeito passivo instruir seu pedido com documentação que comprove o recolhimento indevido ou a maior*

*Solicitação indefevida*

O pedido foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fls. 18 e 19 em 30 de novembro de 2007. A DRJ assim relatou o litígio:

*Trata o presente processo de Pedido de Restituição, fl 01, de valores de COFINS recolhidos a maior no período de apuração de fevereiro de 1999 a setembro de 2000. Afirma, a contribuinte, seu direito com base nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 357.950, 390.840, 358.273 e 346.084. O pedido foi informado com os seguintes documentos*

- planilha em que a contribuinte indica o faturamento mensal, outras receitas (supostamente referindo-se ao alargamento da base de cálculo da contribuição pela Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998), valores recolhidos, e aqueles que, segundo entende, foram recolhidos indevidamente por força da ampliação da base de cálculo ditada pela lei em referência;*
- DARF de fls 03/10, comprovando recolhimentos da contribuição ocorridos entre 10/03/1999 e 13/10/2000;*
- Documentos relativos à representação processual, fls 11/15*

*O pedido foi indeferido pela autoridade jurisdicionante, fls 18/19, com base nos seguintes fundamentos*

*1 Os Recursos Extraordinários referidos produzem efeitos entre as partes litigantes. Inexiste Resolução do Senado Federal estendendo tais efeitos para terceiros;*

*2 Os recolhimentos foram efetuados à luz da legislação de regência, não cabendo à Administração Pública apreciar pleito que ataca a constitucionalidade de lei*

*Cientificada em 10/12/2007, a contribuinte apresentou, em 18/12/2007, conforme se atesta no documento de fl 29, manifestação de inconformidade, fls 23 a 28, na qual, em síntese, alega.*

*1 A inconstitucionalidade da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS representada pelo § 1º do artigo 3º da Lei nº 9 718, de 1998, reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ;*

*2 Os efeitos ex-tunc e erga omnes da declaração de inconstitucionalidade em comento, afirmando ser:*

*( ) impertinente a negativa à restituição pleiteada, sob a justificativa da ausência da Resolução do Senado no tocante à declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da lei nº 9 718/98*

No recurso, a Interessada, reafirmando as razões da manifestação de inconformidade, alegou não ter ocorrido perda do prazo e ter direito à restituição.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar 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 devido, 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 alçada 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 2006, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 2001, o que corresponde à sua totalidade.

Sala das Sessões, em 10 de dezembro de 2010

(ASSINADO DIGITALMENTE)

José Antonio Francisco