



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

Processo nº 10980.000875/2004-19
Recurso nº 157.106 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.138 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente UNILANCE ADM. DE CONSÓRCIOS S/C LTDA
Recorrida DRJ Curitiba / PR

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/01/1999

COFINS. RESTITUIÇÃO. PRAZO.

O prazo para pedido de restituição de tributos federais é de cinco anos contados da data do recolhimento indevido ou a maior do que o devido.

LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O 2º Conselho de Contribuintes é incompetente para apreciar matéria relativa à inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. INADMISSIBILIDADE.

Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29 de setembro de 2003.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes, que dava provimento parcial para considerar não decaídos os períodos de janeiro de 1994 a março de 1997, em razão da tese dos cinco mais cinco. Os Conselheiros Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto acompanharam o Relator pelas conclusões.

JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente

JOSÉ ANTONIO FRANCISCO - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Josefa Maria Coelho Marques (Presidente), Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas, José Antonio Francisco (Relator), Alexandre Gomes e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 120 a 132) apresentado em 5 de maio de 2008 contra o Acórdão nº 06-17.518, de 2 de abril de 2008, da DRJ Curitiba / PR (fls. 113 a 117), do qual tomou ciência a Interessada em 11 de abril de 2008 e que, relativamente a pedido de restituição de Cofins dos períodos de agosto de 1993 a dezembro de 2003, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/08/1993 a 31/01/1999

PREJUDICIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. FORMULÁRIO IMPRESSO. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO NO SISTEMA ELETRÔNICO. APRESENTAÇÃO APÓS 29/09/2003. INADMISSIBILIDADE.

Sem que haja impedimento de utilização do sistema eletrônico, considera-se não formulado o pedido de restituição apresentado em formulário impresso após 29/09/2003.

Solicitação Indeferida

O pedido, apresentado em 13 de fevereiro de 2004, foi inicialmente indeferido pelo despacho sem data de fls. 95 a 98, que considerou esgotado o prazo para parte do pedido (cinco anos contados do recolhimento) e ter sido a isenção das sociedades civis de profissão regulamentada revogada pela Lei n. 9.430, de 1996.

Ademais, o pedido teria sido irregularmente apresentado em papel, razão pela qual dele não se tomou conhecimento em relação aos períodos não prescritos.



No recurso, a Interessada alegou que o prazo para pedido seria de dez anos (“cinco mais cinco”), sendo que a Lei Complementar n. 118, de 2005, teria entrado em vigor apenas em relação aos fatos geradores posteriores à data de sua publicação.

Alegou que não poderia apresentar o pedido eletrônico, pois teria que transmitir um pedido para cada Darf recolhido; não poderia apresentar o pedido em relação aos períodos anteriores a cinco anos; não poderia computar no pedido o valor da Selic; o programa não permitiria expor os fundamentos do pedido.

Acrescentou que a forma do pedido não poderia vedar “os interesses do bem comum”, nos termos da Lei n. 9.784, de 1999, art. 2º, parágrafo único, VI e IX.

Em relação ao mérito, alegou que se aplicaria ao caso a Súmula n. 276 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que uma lei ordinária não poderia revogar a isenção concedida por lei complementar.

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.

Inicialmente, esclareça-se que não existe a limitação alegada pela Interessada em relação à apresentação do pedido de restituição de tributo declarado inconstitucional.

Nessa matéria, adoto os fundamentos do acórdão de primeira instância, com fulcro no art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784, de 1999.

Entretanto, existe a limitação em relação aos créditos posteriores a cinco anos. Em relação a tais créditos, deve-se tomar conhecimento do pedido de restituição, uma vez que a apresentação em formulário era permitida.

Portanto, o procedimento correto a ser adotado pela Interessada seria o de apresentar pedido eletrônico em relação aos créditos anteriores aos cinco anos e em formulário em relação aos demais.

O prazo de prescrição refere-se à pretensão do autor deduzida numa ação judicial. Enquanto não nasce o direito de ação, não faz sentido correr o prazo prescricional. Além disso, nascido o direito de ação, não faz sentido que o prazo prescricional não corra, a não ser que haja suspensão do direito de ação, pela incidência de uma das hipóteses previstas em lei.

Em que pese o princípio da “actio nata”, o Superior Tribunal de Justiça persistiu em sua interpretação de que o prazo de cinco anos para o pedido de restituição somente iniciar-se-ia após os cinco anos da homologação táctica, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o que resultou na aprovação do art. 3º da Lei Complementar n. 118, de 9 de fevereiro de 2005:



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.

A regra também é válida para os casos de inconstitucionalidade de lei, embora o pedido administrativo de restituição, baseado em alegação que verse sobre inconstitucionalidade de lei, não seja possível.

É que a prescrição refere-se à ação judicial, e não ao pedido administrativo.

Como, no ordenamento brasileiro, a constitucionalidade de lei pode ser discutida em qualquer ação, não há impedimento para que seja alegada no Judiciário. Dessa forma, a presunção da constitucionalidade das leis não implica impedimento para que seja proposta a ação de repetição de indébitos.

Portanto, em todo e qualquer caso, a ação de repetição de indébitos poderia ser proposta pelo sujeito passivo logo depois de efetuar o pagamento indevido ou a maior do que o devido.

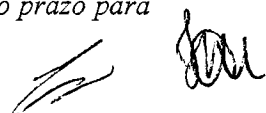
No tocante Lei Complementar n. 118, de 2005, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após a sua publicação, como ocorreu no Resp nº 644.736-PE.

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 juízes, 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.

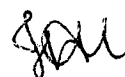
Como se trata de matéria constitucional, o disposto no art. 62 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Ricarf, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, impede que seja afastada da aplicação da lei ao caso concreto, anteriormente à manifestação definitiva do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, conforme Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada em sessão plenária de 18 de setembro e publicada no DOU em 26 de setembro de 2007, o Carf é incompetente para se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de lei:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

A aplicação da súmula é obrigatória em função do disposto no art. 72, § 4º, do Ricarf.

Como o pedido foi apresentado em 13 de fevereiro de 2004, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 13 de fevereiro de 1999, que correspondem aos períodos de apuração de agosto de 1993 a janeiro de 1999.

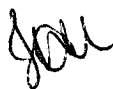


Deve-se esclarecer que, relativamente aos períodos não prescritos, os Conselheiros que acompanharam o presente voto pelas conclusões consideraram que a apresentação em formulário não prejudicaria o pedido. Entretanto, na análise do mérito do pedido, consideraram que, à vista das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito dos recursos extraordinários 377.457 e 381.964, a isenção foi revogada pela Lei n. 9.430, de 1996¹.

Todavia, tal entendimento foi vencido. Portanto, em relação aos períodos prescritos, considera-se o pedido formulado, mas o direito de crédito inexistente. Em relação aos períodos não prescritos, o pedido deve ser considerado não formulado.

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


JOSE ANTONIO FRANCISCO



¹ EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I).

2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade.

3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes.

4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5.

Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. (DJe-241, DIVULG 18-12-2008, PUBLIC 19-12-2008, EMENT VOL-02346-08, PP-01774)