



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

Processo nº 10980.005241/2005-25
Recurso nº 156.511 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.167 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente OMAR CAMARGO CORRET. CAMB. VALORES LTDA
Recorrida DRJ Rio de Janeiro II / RJ

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

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 31/12/2004

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. Vencidos os Conselheiros Alexandre Gomes, que afastava a decadência em razão da tese dos cinco mais cinco e Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto, que davam provimento parcial para apreciação do mérito dos períodos não decaídos.


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. 62 a 84) apresentado em 16 de maio de 2008 contra o Acórdão nº 13-19.453, de 28 de março de 2008, da DRJ Rio de Janeiro II / RJ (fls. 49 a 59), do qual tomou ciência a Interessada em 25 de abril de 2008 e que, relativamente a pedido de restituição de Cofins dos períodos de fevereiro de 1999 a dezembro de 2004, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

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

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2004

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.

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, contados da data da extinção do crédito tributário.

*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.

*ILEGALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO
ADMINISTRATIVO. As autoridades administrativas estão
obrigadas à observância da legislação tributária vigente, sendo
incompetentes para a apreciação de arguições de
inconstitucionalidade e ilegalidade.*

Solicitação Indeferida

O pedido, apresentado em 4 de junho de 2005, foi inicialmente indeferido pelo despacho de fls. 18 a 20, de 17 de agosto de 2005.

Segundo o despacho, não foram apresentados os Darf relativos aos recolhimentos e parte dos recolhimentos foi atingida pela prescrição.





Ademais, o contribuinte apresentou o pedido em formulário, alegando não ser possível sua apresentação por documento eletrônico, razão pela qual não se conheceu do pedido, relativamente aos valores não prescritos.

A DRJ manteve o entendimento.

No recurso, a Interessada alegou que o prazo para o pedido seria de dez anos ("cinco mais cinco"), não sendo aplicável a Lei Complementar n. 118, de 2005, aos fatos geradores ocorridos anteriormente à sua vigência.

A seguir, alegou que a decisão teria cometido um equívoco em relação ao não conhecimento do pedido, uma vez que somente seria possível o uso do programa Per/Dcomp nos casos de saldo negativo de IRPJ e CSLL, pagamentos indevidos ou a maior e ressarcimento de IPI.

No caso de restituição, segundo a Interessada, somente seria possível a apresentação do pedido eletrônico nos casos de erro, apuração em declaração e inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

No mérito, alegou que a alteração da base de cálculo da Cofins pela Lei n. 9.718, de 1998, seria inconstitucional e que, no caso dos autos, seria cabível a aplicação do Decreto n. 2.346, de 1997.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Relator

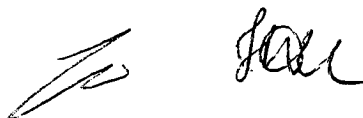
O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

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 para pedido de restituição, previsto no art. 168 do CTN, é de prescrição. Não se trata de prazo decadencial, uma vez que não se refere a direito potestativo, segundo conceito definido por Chiovenda¹.

Tratando-se de prazo de prescrição, sujeita-se aos princípios que regem a matéria, especialmente o da “actio nata”.

É que a 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 tática, 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.



¹ Chiovenda, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, 2. ed, v. 1. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. P. 25-6, 30-3.



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.

SDA

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 4 de junho de 2005, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 4 de junho de 2000, que correspondem aos períodos de apuração de fevereiro de 1999 a abril de 2000.

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.


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO

