

1048
1052



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

Processo nº 13819.003347/2002-10
Recurso nº 152.776 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.140 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente DERMOCLÍNICA S. A. LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/03/1997

PRESCRIÇÃO. O prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA. Tratando o processo judicial de período distinto e posterior ao relacionado no processo administrativo de restituição não há que se falar em concomitância por ausência de identidade de objeto.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 2ª turma ordinária do terceira SEÇÃO DE JULGAMENTO, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes (Relator) que afastava a concomitância e a prescrição do crédito e propunha o retorno do processo à DRJ para apreciação do mérito. Designado o Conselheiro José Antonio Francisco para redigir o voto Vencedor.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente

José Antonio Francisco
JOSÉ ANTONIO FRANCISCO – Redator Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Walber José da Silva, Fabiola Cassiano Keramidas e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Do relatório produzido pela DRJ de Campinas retira-se:

Cuida-se de pedido de restituição, protocolado em 26/08/2002 (fl. 01), vinculado a pedidos/declarações de compensação – o mais remoto com data de protocolo de 08/01/2003 (fl. 02). Negado o pleito pela DRF de origem (fls. 112/114) e disto cientificado em 26/05/2006 (fl. 87, verso), vem o Contribuinte, em 13/06/2006 (via postal; fl. 270), e alega (fls. 2002/226):

O objeto da ação judicial disputada nos autos do Mandado de Segurança sob nº 2002.61.14.005003-4 seria distinto do pleito presente: lá “inexigibilidade do adimplemento de prestação pecuniária decorrente de obrigação tributária concernente a COFINS”, aqui “restituição de valores pagos indevidamente a título de COFINS, referentes ao período de apuração 01/1992 a 03/1997”. Daí o equívoco da DRF de origem que reconheceu na espécie a “renúncia à esfera Administrativa”. E, ainda que assim não fosse, a Administração não poderia restringir o seu pleno exercício de direito de defesa, sob pena de ofensa a garantias constitucionais.

Seria sociedade civil de profissão regulamentada e, portanto, isenta da incidência da Cofins, segundo os dizeres do art. 6º, da LC nº 70/91, sendo certo que a Lei nº 9.430/96, porque ordinária, não poderia revogar tal benefício. A reforçar sua tese estariam julgados judiciais, todos encimados pelo verbete nº 276 da Súmula do STJ.

A extinção do crédito tributário operar-se-ia com a homologação do lançamento, o que, na prática, resultaria num prazo de dez anos: cinco para a homologação tácita e mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido.

A inteligência retro, sob pena de ilegalidade, não poderia ter sido modificada pelo art. 3º da LC nº 118/05. Não, pelo menos e na compreensão do STJ, antes da entrada em vigor da indigitada Lei Complementar (junho/2005).

Teria direito à correção monetária e aos juros a serem aplicados sobre o crédito a restituir/compensar.

Após análise dos argumentos trazidos a baila com a manifestação de inconformidade, a DRJ de Campinas entendeu por bem julgar improcedentes os pedidos de restituição e compensação através de decisão que assim ficou ementada:



Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1992 a 31/03/1997

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. O direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. CONCOMITÂNCIA. Se a questão (ponto controvertido) em debate no processo administrativo é levada à apreciação do Poder Judiciário, a Autoridade Tributária, originalmente competente para proferir decisão sobre a contenda, deixa de sê-lo: a competência para decidir desloca-se da esfera da Administração para a do Poder Judiciário.

Regularmente intimada em 26/09/2007 a Recorrente interpôs Recurso Voluntário em 24/10/2007 (via SEDEX) cujo argumentos em síntese repetem os lançados em sua manifestação de inconformidade.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro ALEXANDRE GOMES, Relator

O presente Recurso é tempestivo, preenche os demais requisitos e dele tomo conhecimento.

Como já exposto trata-se de pedido de restituição de COFINS no período de 01/01/1992 a 31/03/1997, cumulado com pedidos de compensação de débitos de PIS e COFINS relativos a competência 07/2002.

O protocolo dos referidos requerimentos ocorreu em 26/08/2002, e tem por fundamento os recolhimentos a maior realizados pela Recorrente em razão da isenção de COFINS prevista no art. 6º, inciso II da Lei Complementar 70/91 e art. 1º do Decreto-Lei 2.397/87.

A decisão da DRJ entendeu ter ocorrido a prescrição dos créditos uma vez que decorridos mais de 5 anos do recolhimento dos eventuais pagamentos a maior.

Como tenho me manifestado em outras oportunidades, coaduno com o entendimento **de que até o advento da Lei Complementar 118/05**, o prazo de restituição dos tributos recolhidos indevidamente inicia-se decorridos cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, computados a partir do termo final do prazo atribuído à Fazenda Pública para aferir o valor devido referente à exação.

Ou seja, considero que somente após a homologação é que se inicia o curso do prazo prescricional quinquenal, de modo que, na prática, o prazo total fixado para restituição é de dez anos após o recolhimento indevido.

Neste sentido, o E. STJ, após inúmeras reviravoltas, já pacificou seu entendimento, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS. DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA.

INAPLICABILIDADE DO ART. 3º DA LC N. 118/2005. INÍCIO DA VIGÊNCIA SOMENTE APÓS 120 DIAS CONTADOS DA PUBLICAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º DA MESMA LEI.

Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

O disposto no artigo 3º da Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005 é inaplicável, uma vez que ainda não iniciada a sua vigência, a qual somente terá início após 120 dias contados da publicação, a teor do artigo 4º da mesma lei.

Agravo regimental não conhecido.¹

E ainda:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. DECRETOS-LEIS NS. 2.445/88 E 2.449/88. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

ART. 3º DA LC N 118, DE 9.2.2005. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. A Primeira Seção, no julgamento dos EREsp n. 435.835/SC, relator Ministro José Delgado, sessão de 24.3.2004, firmou o entendimento de que, no tocante à prescrição dos tributos sujeitos à homologação, aplica-se a teoria dos "cinco mais cinco".

2. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresso, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita.

3. A Seção de Direito Público, no julgamento dos EREsp n.

327.043/DF, em 27.4.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC n.

118/2005 às ações ajuizadas até o término da vacatio legis de 120 dias.

4. Embargos de divergência acolhidos.²

¹ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 653.771 - SP (2005/0009539-6). RELATOR : MINISTRO Francisco Peçanha Martins. Segunda Turma. 05/05/2005.

Da análise das decisões acima ementadas verifica-se ainda que, a Lei Complementar 118/05, não pode retroagir seus efeitos, passando a produzi-los somente em relação aos fatos geradores posteriores a sua entrada em vigor.

Por estes motivos afasto a alegada prescrição dos créditos.

No mérito também com razão a Recorrente.

Trata-se, como dito, de pedido de restituição de quantias recolhidas indevidamente por conta da existência da isenção da COFINS nos moldes do art. 6, II da Lei Complementar 70/91. O período dos pedidos abrange 01/1992 a 03/97.

Já o Mandado de Segurança trata especificamente da ilegalidade da revogação da isenção prevista na LC 70/91 efetivada pelo art. 56 da Lei nº 9.430/96, conforme se vislumbra das decisões juntadas aos presentes autos (fls. 94 a 98).

Ou seja, o pedido aqui analisado não guarda qualquer semelhança de objeto com a ação judicial proposta pela Recorrente.

Lembramos que o art. 56 da Lei 9.430/96 entrou em vigor a partir de 01/04/1997.

Ou seja, o pedido de restituição abrange competências anteriores a 31/03/1997 e o Mandado de Segurança discute a revogação da isenção que ocorreu a partir de 01/04/1997, data da entrada em vigor do art. 56 da Lei 9.430/96.

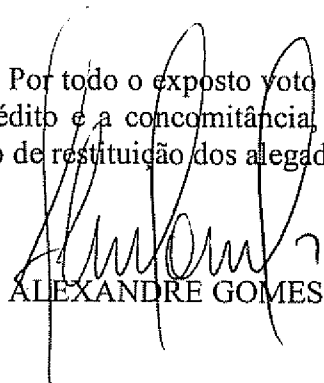
Não são necessárias maiores tergiversações a respeito do assunto ante o inegável equívoco cometido pela decisão da DRJ de Campinas e também da decisão proferida pela SEORT da DRF de São Bernardo do Campo (fls 112).

Afastada a concomitância, devem os presentes autos retornarem a DRF de origem para análise do pedido de restituição bem como da compensação dos débitos existentes até o limite do crédito a ser apurado pela autoridade fiscal.

Neste sentido já decidiu o extinto Conselho de Contribuintes:

Ementa Assunto: Processo Administrativo Fiscal Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001 Ementa: DECISÃO. NULIDADE. CONCOMITÂNCIA. IDENTIDADE DE OBJETO ENTRE PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. É nula a decisão de primeira instância que deixa de enfrentar questão relevante suscitada na impugnação, ao fundamento de renúncia à discussão administrativa, quando não há identidade de objeto entre os processos administrativo e judicial, restando configurado cerceamento de direito de defesa (Recurso Voluntário – Outros Data da Sessão 04/03/2008 Relator(a) Aloysio José Percínio da Silva Nº Acórdão 101-96569)

Por todo o exposto voto no sentido Dar Provimento ao Recurso para afastar a prescrição do crédito e a concomitância, determinando o retorno do processo à origem para análise do pedido de restituição dos alegados créditos de COFINS.


ALEXANDRE GOMES

Voto Vencedor

Conselheiro JOSÉ ANTONIO FRANCISCO, Redator-Designado

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 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.

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 26 de agosto de 2002, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 26 de agosto de 1997, que correspondem à totalidade do pedido.

Como não houve concomitância entre os pedidos judicial e administrativo, conforme voto do relator, a ação judicial não influi no prazo para efetivação do pedido administrativo.

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


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO 