

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

Processo nº 13884.001047/2003-95
Recurso nº 255.545 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.466 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de julho de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente TECAP TECNOLOGIA COMÉRCIO E APLICAÇÕES LTDA
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

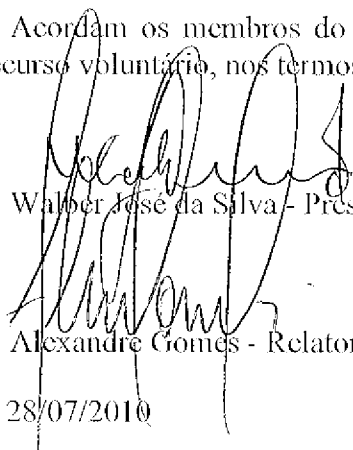
Período de apuração: 01/01/1991 a 30/06/1997

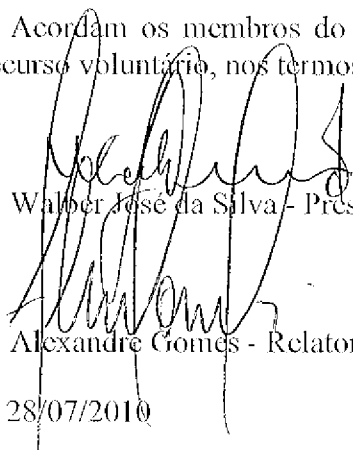
PRAZO DE RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO - LC 118/05 - Inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar. É vedado ao julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal em vigor.

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.


Walber José da Silva - Presidente


Alexandre Gomes - Relator

EDITADO EM: 28/07/2010

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Luis Eduardo G. Barbieri, Alexandre Gomes (Relator) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

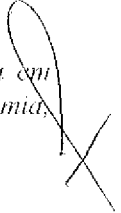
Por bem delimitar a matéria tratada nos autos, trancrevo o relatório produzido pelo Acórdão recorrido:

Trata-se de Declaração de Compensação de fls 01, protocolizada no valor de R\$ 167.002,94, correspondente a recolhimentos feitos a título de diversos tributos administrados pela SRF/B, no período de janeiro de 1991 a junho 1997, conforme demonstrativos de fls 02/03 e 10/11

A DRF em São José dos Campos emitiu o despacho decisório de fls 15/18 indeferindo a solicitação do contribuinte e não homologando as compensações, uma vez que não houve a demonstração efetiva da existência dos indébitos e todos os valores relacionados nas fls 02 são anteriores a 14/02/1998, estando portanto, extinto o direito de proceder a referida compensação

Cientificada desse despacho em 25/04/2006 (fls. 24), a interessada apresentou manifestação de inconformidade em 19/05/2006 (fls 25)43), na qual alega que '

- direito de pleitear a compensação é um direito potestativo, o que implica dizer que não depende da conduta de outrem para ser exercido, e, portanto, está legalmente estabelecido e sem condicionamentos ou prazo para ser exercido,*
- não deve existir prazo para restituição ou compensação de recolhimento indevido,*
- não se pode aplicar à compensação os prazos relativos a restituição, uma vez que é inadmissível utilizar-se a analogia em matéria tributária de forma desfavorável a contribuinte,*
- se os créditos decorrentes de pagamentos indevidos à Fazenda Pública não puderem ser recuperados por meio de compensação, sem dúvida haverá enriquecimento ilícito da União em face do particular, pois o Estado estará se beneficiando de valores que integram o patrimônio da interessada,*
- o princípio da moralidade é um direito constitucional a ser respeitado, estando a contribuinte legalmente ampara a exercer a qualquer tempo o seu direito de compensar os créditos líquidos e certos decorrentes dos pagamentos indevidos que efetuou,*
- de acordo com os ensinamentos de Hugo de Brito Machado e entendimento do STJ, o direito a restituição do que foi pago indevidamente subsiste sempre;*
- o inciso IV do art. 28 da IN nº 210, de 30/09/2002 da SRF reconhece indiretamente a possibilidade de compensação com prazo superior a cinco anos;*
- a limitação do prazo para pedir a compensação implica em ofensa aos princípios da moralidade, propriedade e isonomia,*



bem como ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, posto que com esta atitude a administração não estaria agindo com a lealdade que deveria,

▪ *conforme entendem a doutrina e a jurisprudência, 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 mais cinco para o exercício do direito à restituição de recolhimento indevido;*

▪ *o 2º Conselho de Contribuintes e o professor Láudio Camargo Fabretti corroboram com a tese dos 10 anos;*

▪ *a Lei Complementar 118-05 não estava em vigor na época dos fatos, e, portanto, a sua utilização não se aplica no caso sob exame,*

▪ *a compensação foi realizada tendo por base relatório do sistema de informatizado da Receita Federal, relativo ao conta corrente, tendo como presunção a legitimidade e veracidade desses dados, e se a administração não considera tais valores como verdadeiros e pertinentes, o que no seu entendimento seria um contra-senso, caberia a ela provar a razão pela qual tais montantes não podem ser admitidos;*

▪ *deve ser reconhecido o direito à compensação sem qualquer impedimento temporal*

Após análise dos argumentos colacionados, a DRJ de Campinas entendeu por bem não homologar as compensações realizadas, em decisão que assim ficou ementada:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração 01/01/1991 a 30/06/1997

COMPENSAÇÃO EXTINÇÃO DO DIREITO

Contra o reconhecimento do direito creditório subjacente à declaração de compensação corre o prazo de cinco anos contados da data do pagamento.

Compensação não Homologada.

O Recurso Voluntário proposto reprisa os argumentos lançados na manifestação de Inconformidade que foram resumidos anteriormente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Gomes, Relator

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

O presente processo trata de declaração de compensação protocolado em 14/02/2003, relativo a créditos decorrentes de alegados pagamentos a maior de diversos tributos, no período de 08/92 a 06/97.

A DRJ afastou a pretensão diante da ocorrência da prescrição dos créditos.

Como já me manifestei em outras oportunidades, coaduno com o entendimento de que o prazo de restituição e compensação 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

Ocorre que, com o advento da Lei Complementar 118/05, a questão da prescrição do direito a repetição do indébito ganhou nova conotação, senão vejamos:

¹ AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 653.771 - SP (2005/0009539-6) RELATOR : MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS Segunda Turma. 05/05/2005.

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

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

Não obstante afastar a interpretação que vinha sendo consagrada pela doutrina e pelo judiciário, a nova lei ainda determinou sua aplicação retroativa, uma vez que determinou a observância do disposto do art. 106, inciso I do CTN, que assim prescreve:

Art. 106 A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

É bom destacar que a respeito da legalidade do disposto no art. 4º da Lei Complementar 118/05, o STJ já manifestou sua posição, entendendo pela manifesta inconstitucionalidade dos dispositivos, conforme se depreende da decisão proferida no Resp nº 644.736/PE, cuja ementa segue abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, 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. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

2. A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, em sessão de 06/06/2007, DJ 27 08 2007, declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.

3. Embargos de divergência a que se nega provimento

Contudo, como é de conhecimento geral, ao julgador administrativo é vedado declarar a inconstitucionalidade de norma tributária vigente, como é o caso do art. 4º da Lei Complementar 118/05, até que haja manifestação plenária do Supremo Tribunal Federal.

É o que se extrai do disposto no art. 62 do Regimento Interno do CARF:

Art. 62. Éica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo.

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993, ou

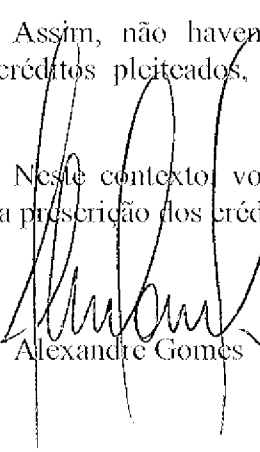
c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

No âmbito do CARF a matéria encontra-se sumulada:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Súmula 2 do 1º e 2º CC

Assim, não havendo possibilidade de afastar em sede administrativa a prescrição dos créditos pleiteados, correta a decisão da DRJ que afastou a pretensão do Recorrente.

Neste contexto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para reconhecer a prescrição dos créditos pleiteados.


Alexandre Gomes