



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

Processo nº 13898.000150/2005-21
Recurso nº 267.825 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.700 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de dezembro de 2010
Matéria Cofins - Restituição
Recorrente SUDAMAX IND. E COMÉRCIO DE CIGARROS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/1993 a 29/02/2000

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: 01/02/1993 a 29/02/2000

PIS. RESTITUIÇÃO E COMPENSAÇÃO. PEDIDO. PRAZO.

O prazo para pedido de restituição ou para realização de compensação é de cinco anos, contados a partir 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 Gandia, Alexandre Gomes e Gileno Gujão Barreto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 142 a 155) apresentado em 13 de outubro de 2008 contra o Acórdão nº 05-23.021, de 25 de agosto de 2008, da 3ª Turma da DRJ/CPS (fls. 136 a 138), cientificado em 15 de setembro de 2008 e que, relativamente a pedido de restituição da Cofins dos períodos de fevereiro de 1993 a fevereiro de 2000, indeferiu a solicitação da Interessada, nos termos da ementa, a seguir reproduzida:

ASSUNTO CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

Periodo de apuração 19/02/1993 a 15/02/2000

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. IMPUGNAÇÃO

Não está definitivamente constituído o crédito tributário impugnado regularmente pelo sujeito passivo, até que se esgotem as possibilidades de continuação do litígio, portanto, não se pode falar em prescrição do direito de cobrança

Solicitação indeferida

O pedido, apresentado em 08 de junho de 2005, foi inicialmente indeferido pelo despacho decisório de fls. 103 a 105, em 18 de fevereiro de 2008.

A DRJ assim relatou o litígio:

Trata-se de Pedido de Restituição de recolhimentos da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social-COFINS, fl 01, no valor de R\$ 11.030.061,64, protocolado em 08/06/2005

Como motivo do pedido, informa a interessada que se trata de valores do COFINS devido com base no faturamento mensal à alíquota de 2% alterado à 3%, 7,6% (regime não cumulativo), calculado indevidamente pela substituição tributária. Os recolhimentos que dão suporte à pretensão da contribuinte estão documentados pelas cópias juntadas às fls. 31/88 e resumidos no demonstrativo de fls. 28/30

Examinado o pleito, a autoridade jurisdicionante emitiu o Despacho Decisório DRF/JUN/SEORT de 18/02/2008, fls. 103/105. Tendo como fundamento os arts. 168, I, 165, I, e 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, a autoridade conclui

Assim, em princípio, o crédito tributário já estaria extinto por ocasião de seu pagamento, devendo ser contado a partir daí o prazo prescricional para solicitar sua devolução no caso de ser

indevido () Logo, caso sejam procedentes as alegações do interessado, não há valor nenhum a ser restituído, já que os DARFs relacionados foram recolhidos entre 19/02/1993 e 15/02/2000 e o presente Pedido foi formalizado em 08/06/2005

Sequer é possível a análise do mérito, pois no formulário às fls 01 o interessado motiva o pleito da seguinte maneira, sem especificar fundamentação legal: 'Valores do COFINS (sic) devido com base no faturamento mensal à alíquota de 2% alterado à 3%, 7,6% (regime não cumulativo), calculado indevidamente pela substituição tributária Vide Documentos comprobatório (sic) NIPF nº 08 1 13 00-2003-00424-4'

A partir desses fundamentos, a autoridade competente indeferiu o pedido

Cientificada em 29/02/2008, a interessada apresentou em 31/03/2008, Manifestação de Inconformidade, fls 108/115, alegando, em sua própria síntese, que:

1) Não há que se falar acerca de decadência. Na hipótese, trata-se do instituto da prescrição,

2) A decisão administrativa foi de encontro à sólida, robusta, mansa e pacífica jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça –STJ, que fixou o prazo de 10 anos (5 anos + 5 anos) para o pedido de restituição de tributo ou contribuição recolhido indevidamente ou maior que o devido,

3) Na verdade, a decisão recorrida toma como suporte legal o art. 3º, da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, que somente passou a vigorar no dia 09 de junho de 2005, não podendo, portanto, ser aplicado ao presente caso

No recurso, a Interessada alegou que o prazo para o pedido seria de dez anos.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo tomar-se 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 da 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 alegava 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 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, XXXV)

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 08 de junho de 2005, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente em 08 de junho de 2000, o que corresponde à totalidade do pedido.

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

Sala das Sessões, 08 de dezembro de 2010

