



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

Processo n° 13931.000220/2005-97
Recurso n° 256.912 Voluntário
Acórdão n° **3302-00.773 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de dezembro de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente GUARÁ AUTO PEÇAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

PRAZO DE RESTITUIÇÃO - Nos termos da Lei Complementar n° 118/05 é de cinco anos o prazo para o pedido de restituição, contados da data do recolhimento a maior ou indevido.

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

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/2000 a 31/12/2000

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei.

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)

Alexandre Gomes - Relator

EDITADO EM: 26/01/2011

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva (Presidente), José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Alan Fialho Gandra, Alexandre Gomes (Relator) e Gileno Gurjão Barreto.

Relatório

Trata o presente processo de pedido de restituição de COFINS protocolado em 06/06/2005, relacionado aos períodos de apuração 03/1999 a 12/2000, tendo por base pagamentos indevidos em decorrência de alegada inconstitucionalidade da Lei 9.718/98.

A DRF de Ponta Grossa indeferiu o pedido por entender que, em relação ao períodos de apuração 03/1999 a 04/2000, teria ocorrido a prescrição dos créditos pleiteados. Já em relação aos períodos de apuração 05/2000 a 12/2000, entendeu não haver direito a restituição por faltar competência ao julgador administrativo para declarar a inconstitucionalidade de lei.

A DRJ de Curitiba manteve o indeferimento, em decisão que assim ficou ementada:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

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: 01/05/2000 a 31/12/2000

INDÉBITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA.

A apuração e pagamento da Cofins, nos termos da legislação tributária vigente não constitui indébito tributário.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de ilegalidade ou inconstitucionalidade de lei.

Solicitação Indeferida

No Recurso Voluntário defende o prazo de 10 anos para o exercício do direito a restituição dos valores pagos indevidamente e, no mérito, que foi ilegal e

inconstitucional a revogação da Lei Complementar nº 70/91 nos moldes preconizados pela Lei nº 9.718/98.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Gomes, Relator

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

São dois períodos distintos a serem analisados no presente recurso, tendo em vista a questão preliminar de prescrição de parte dos créditos.

Períodos de apuração 01/02/1999 a 30/04/2000

Em relação às competências 02/1999 a 04/2000, a DRJ afastou a pretensão diante da ocorrência da prescrição dos créditos e da inexistência dos alegados créditos, tendo em vista a aplicação do disposto no art. 165, inciso I, do CTN.

Como já me manifestei em outras oportunidades, coaduno com o entendimento de que 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

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:

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

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

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. Fica 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 em relação as competências anteriores a 05/2000.

Período de Apuração 01/05/2000 a 31/12/2000

Em relação ao segundo período pleiteado e não alcançado pela prescrição, melhor sorte não socorre o recorrente.

A DRJ manteve o indeferimento do pedido em relação as competências posteriores a 04/2000 por entender que a legislação enfrentada não padecia de vício e ainda que assim não fosse, não haveria possibilidade de o julgador administrativo declarar a inconstitucionalidade de lei.

No âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais esta matéria já se encontra sumulada, como vemos:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre inconstitucionalidade de lei tributária. (Súmula CARF n° 2)

Ressalta-se que o pedido de restituição protocolado pelo Recorrente, conforme claramente demonstrado na planilha de fls. 06, está relacionado somente ao pagamento da COFINS efetuado com a majoração da alíquota de 2% para 3%, ou seja, pretende restituir os valores relativos ao 1% recolhidos a maior com base na Lei n° 9.718/98, que no seu entender não possui amparo constitucional.

Não há no pedido formulado, valores relativos à COFINS que tenham incidido sobre outras receitas estranhas ao faturamento. Tal assertiva decorre da simples análise da planilha de fls. 06, onde constam colunas com valores zerados para receitas financeiras, de alugueis e outras.

Em se tratando de questionamento relacionado à majoração da alíquota promovida pela Lei 9.718/98, é imperioso destacar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela sua constitucionalidade, conforme se vislumbra das decisões reproduzidas na seqüência:

*EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO ARTIGO 8º DA LEI Nº 9.718/98. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA DA COFINS. CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO ALUSIVA AOS VALORES INDEVIDAMENTE RECOLHIDOS. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL. **O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 357.950, da relatoria do ministro Marco Aurélio, entendeu que o aumento da alíquota da COFINS por lei ordinária não violou o princípio da hierarquia das leis.** Por outra volta, esta colenda Corte, ao julgar o RE 336.134, da relatoria do ministro Ilmar Galvão, concluiu que o regime de compensação de que trata o art. 8º da Lei nº 9.718/98 é legítimo, dado que diz respeito a empresas em situações distintas. A controvérsia alusiva aos valores indevidamente recolhidos (compensação e prescrição) tem natureza infraconstitucional, o que não autoriza a abertura da via extraordinária. Em boa verdade, cuida-se de questão cujo deslinde compete ao Juízo da execução. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (RE-Agr480191 / SP. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO . Data Julgamento 20/11/2007)*

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ART. 8º, CAPUT, DA LEI 9.718/98. MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA. CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. I - O Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos dos RE 336.134/RS e RE 357.950/RS, decidiu pela constitucionalidade do art. 8º, caput, e § 1º, da Lei 9.718/98. II - Desnecessidade de lei complementar para majoração de alíquota de contribuição cuja instituição ocorreu nos termos do art. 195, I, da CF. Precedentes. III -

Processo nº 13931.000220/2005-97
Acórdão n.º **3302-00.773**

S3-C3T2
Fl. 74

Aplicação, no tempo, dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98. Redação anterior ao advento da EC 20/98. IV - Embargos de declaração convertidos em agravo regimental a que se nega provimento. (RE-ED 378.877/GO. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 27/11/2007)

Na esteira destas decisões, padece de competência, este julgador, para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade de dispositivo legal vigente.

Por todo o exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Alexandre Gomes