



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

Processo nº 10805.002393/2002-54
Recurso nº 144.878 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.145 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente COLÉGIO ATUAL S/C LTDA
Recorrida DRJ Campinas / SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/1992 a 31/01/1997

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.

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. Vencido o Conselheiro Alexandre Gomes, que dava provimento ao recurso em razão da tese dos cinco mais cinco.

Josefa Maria Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente

JOSE ANTONIO FRANCISCO
JOSE 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. 310 a 336) apresentado em 6 de agosto de 2007 contra o Acórdão nº 05-18.310, de 2 de julho de 2007, da DRJ Campinas / SP (fls. 301 a 304), do qual tomou ciência a Interessada em 18 de julho de 2007 e que, relativamente a declaração de compensação de Cofins dos períodos de setembro de 1992 a janeiro de 1997, 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: 20/09/1992 a 08/01/1997

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. PRAZO. INÍCIO DA CONTAGEM.

Consoante Ato Declaratório SRF 96/99, que vincula este órgão, 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, inclusive nos casos de tributos sujeito à homologação ou de declaração de inconstitucionalidade.

COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. REGIME TRIBUTÁRIO.

Somente as sociedades civis de prestação de serviços profissionais de profissão regulamentada que adotassem o regime tributário estabelecido pelo Decereto-Lei nº 2.397, de 1987, faziam jus à isenção da Cofins prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70, de 1991.

SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. SÓCIO SEM HABILITAÇÃO LEGAL.

Sociedade na qual algum dos sócios não pode exercer a profissão regulamentada, por falta de habilitação legal, não se enquadra na forma de tributação específica para as contribuintes que prestam serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

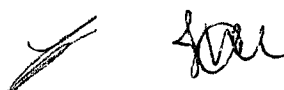
PAGAMENTO INDEVIDO. ISENÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não apresentando a interessada as condições necessárias para a concessão da isenção, não se configuram os pagamentos indevidos e, conseqüentemente, não existem créditos passíveis de restituição.

Rest/Ress. Indeferido - Comp. não homologada

O pedido, apresentado em 20 de setembro de 2002, foi inicialmente indeferido pelo despacho de fls. 139 a 143, de 23 de maio de 2006.

Houve posterior transmissão de declarações de compensação, também indeferidas por despachos e reunidas nos presentes autos.



Segundo a Interessada, a Lei Complementar n. 70, de 1991, art. 6º, II, teria estabelecido isenção da Cofins para as sociedades civis de profissão regulamentada descritas no Decreto-Lei n. 2.397, de 1987, art. 1º.

Na seqüência, destacou o direito de compensação dos valores recolhidos indevidamente, no prazo de dez anos ("cinco mais cinco").

O despacho decisório indeferiu a solicitação à vista da perda do prazo, que seria de cinco anos contados dos recolhimentos, à falta de comprovação da liquidez e certeza dos créditos e ao fato de a Interessada haver optado pelo lucro real, relativamente aos períodos até março de 1997.

A DRJ, conforme mencionado, ainda considerou que o fato de haver sócio não habilitado (fls. 54 a 57) descaracterizaria a sociedade como de profissão regulamentada, à vista do entendimento do Parecer Normativo CST n. 15, de 1983, e IN SRF n. 199, de 1998. A respeito da matéria, citou o Acórdão n. 107-06.453, do antigo 1º Conselho de Contribuintes, e acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No recurso, a Interessada repisou o direito de isenção, citando ementas de acórdãos administrativos sobre a matéria; defendeu sua caracterização como sociedade civil de profissão regulamentada, alegando cumprir as três exigências do Decreto-Lei já citado; discorreu sobre a hierarquia das leis e o regime tributário das sociedades civis; defendeu a prescrição decenal e atacou a legalidade do art. 3º da Lei Complementar n. 118, de 2005.

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.

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.

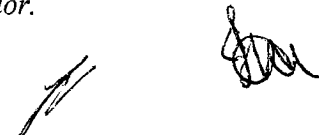
No tocante Lei Complementar n. 118, de 2005, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após a sua publicação, como ocorreu no Resp nº 644.736-PE.

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 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, 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 20009, 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 20 de setembro de 2002, restaram prescritos os recolhimentos efetuados anteriormente a 20 de setembro de 1997, que correspondem à totalidade do pedido.



Por fim e a título de esclarecimento, destaque-se que o fato de haver sócio não habilitado (fls. 54 a 57) descaracteriza a sociedade como de profissão regulamentada, conforme entendimento do acórdão de primeira instância.

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


JOSE ANTONIO FRANCISCO

