

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

Processo nº 10860.005475/2002-96
Recurso nº 160.019 Voluntário
Acórdão nº 3302-00.183 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de setembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente CLÍNICA RADIOLÓGICA 9 DE JULHO S/C LTDA
Recorrida DRJ Campinas / SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/03/1992 a 30/04/1997

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. APRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O 2º Conselho de Contribuintes é incompetente para apreciar matéria relativa à inconstitucionalidade de lei.

DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DE DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

A compensação de créditos discutidos judicialmente somente é possível após o trânsito em julgado da respectiva ação judicial.

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 parcial para afastar a decadência, em razão da tese dos “cinco mais cinco”, e reconhecer o crédito até o período de março de 1997.

Josefa Maria Coelho Marques
JOSEFA MARIA COELHO MARQUES - Presidente


JOSÉ 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. 669 a 674) apresentado em 25 de agosto de 2008 contra o Acórdão nº 05-22.244, de 23 de junho de 2008, da DRJ Campinas / SP (fls. 657 a 661), do qual tomou ciência a Interessada em 30 de julho de 2008 e que, relativamente a declaração de compensação de Cofins dos períodos de março de 1992 a abril 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: 01/03/1992 a 30/04/1997

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO. EXTINÇÃO DO DIREITO. AD SRF 96/99. VINCULAÇÃO.

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.

NORMAS PROCESSUAIS. DISCUSSÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO. RENÚNCIA À DISCUSSÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA.

A busca da tutela jurisdicional do Poder Judiciário, acarreta a renúncia à discussão administrativa sobre a mesma matéria, impedindo a apreciação das razões de mérito por parte da autoridade a quem caberia o julgamento.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e, no sistema difuso, centrado em última instância revisional no STF.

COMPENSAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS. LIQUIDEZ E CERTEZA.

Somente o trânsito em julgado da decisão judicial no processo no qual se discute a determinação do crédito do contribuinte pode atribuir a este os requisitos de liquidez e certeza sem os quais a compensação declarada não pode ser homologada.

Rest/Ress. Indeferido - Comp. não homologada

O pedido, apresentado em a partir de 30 de setembro de 2002, foi inicialmente indeferido pelo despacho de fls. 588 a 590, de 27 de setembro de 2007, segundo o

qual a Interessada haveria perdido o prazo para o pedido (cinco anos contados da data dos recolhimentos) e a isenção das sociedades civis teria sido revogada pela Lei n. 9.430, de 1996.

Destacou que a Interessada apresentou ações judiciais (ordinária n. 96.0402595-3 e cautelar n. 96.0401961-9), visando o reconhecimento da isenção.

Houve apresentação de declarações de compensação em formulário posteriormente, que foram reunidas nos presentes autos.

No recurso, alegou a Interessada que teria efetuado recolhimentos indevidos, sendo de dez anos o prazo para efetuar o pedido de restituição; ademais, a isenção conferida por lei complementar não poderia ter sido revogada por lei ordinária.

Reafirmou haver sido “vitoriosa no que tange ao reconhecimento judicial obtido em processo judicial acerca da isenção conferida pela Lei Complementar n. 70/91 [...]”.

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 para pedido de restituição, previsto no art. 168 do CTN, é de prescrição. Não se trata de prazo decadencial, uma vez que não se refere a direito potestativo, segundo conceito definido por Chiovenda¹.

Tratando-se de prazo de prescrição, sujeita-se aos princípios que regem a matéria, especialmente o da “actio nata”.

É que a 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 táctica, 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

¹ Chiovenda, Giuseppe. “Instituições de direito processual civil”, 2. ed, v. 1. Trad. de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000. P. 25-6, 30-3.

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.

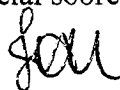
Ademais, conforme Súmula nº 2 do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada em sessão plenária de 18 de setembro e publicada no DOU em 26 de setembro de 2007, o Carf é incompetente para se pronunciar a respeito de inconstitucionalidade de lei:

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 setembro 2002, restaram prescritos todos os recolhimentos anteriores a setembro de 1997, que abrange os períodos de apuração até agosto de 1997, que corresponde à totalidade do pedido.

Quanto ao mérito, diferentemente do processo n. 10860.001307/2003-11, a Interessada alegou haver apresentado ação judicial sobre a matéria.



Na referida ação judicial, a Interessada obteve decisão favorável do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (<http://www.trf3.jus.br/externos/acordaos.php?processo=200003990642468&dia=05&mes=09&ano=2007>), cuja ementa foi a seguinte:

PROC. : 2000.03.99.064246-8 AC 639857 ORIG. : 9604025953
1 Vr SAO JOSE DOS CAMPOS/SP APTe : Uniao Federal
(FAZENDA NACIONAL)

ADV : HUMBERTO GOUVEIA e VALDIR SERAFIM APDO :
CLINICA RADIOLOGICA NOVE DE JULHO S/C LTDA ADV :
MARTIM ANTONIO SALES RELATOR : DES.FED. MÁRCIO
MORAES / TERCEIRA TURMA EMENTA TRIBUTÁRIO.
SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
PROFISSIONAIS LEGALMENTE REGULAMENTADA.
ISENÇÃO DA COFINS. LC 70/91. PARECER NORMATIVO
3/94. REGIME TRIBUTÁRIO.

1. A Lei Complementar n. 70/91 (artigo 6º, II) se refere ao Decreto-Lei 2.397/87 para determinar que a isenção da COFINS alcance as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

2. O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a ilegalidade da limitação imposta pelo Parecer Normativo questionado, afirmando que outra condição não foi considerada pela Lei Complementar para o gozo da isenção que não aquelas mencionadas.

3. A matéria foi sumulada no verbete nº 276, por decisão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

4. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 1º de agosto de 2007

O acórdão transitou em julgado em 31 de outubro de 2007.

Portanto, a Interessada transmitiu as declarações de compensação antes do trânsito em julgado da ação judicial.

O informativo de jurisprudência do STJ n. 405 trouxe a seguinte informação a respeito do REsp n. 1.100.483-AL:

O recorrente busca o processamento da manifestação de inconformidade que apresentou em processo administrativo, com a consequente suspensão da exigibilidade dos débitos (art. 74, § 11, da Lei n. 9.430/1996, com a redação que lhe deu a Lei n. 10.833/2003), porque o Tribunal a quo entendeu incidir a Lei n. 9.430/1996, mas com as restrições ao cabimento da

manifestação impostas pela Lei n. 11.051/2004, principalmente quanto a não permiti-la quando ainda não transitada em julgado a decisão que autoriza a compensação ou quando o crédito for de terceiro. No caso, a questão da compensação continua em baila, visto que está pendente agravo de instrumento da inadmissão do extraordinário interposto. Nesse contexto, o processamento da compensação subordina-se à legislação vigente no momento do encontro de contas, vedada a apreciação de eventual pedido de compensação ou declaração de compensação fundamentados em legislação superveniente. Dai se conclui que o marco a ser considerado na definição das normas que são aplicáveis ao recurso de inconformidade é a data em que for protocolado o pedido de compensação de crédito com o débito de terceiros (no caso, em 30/12/1999) e não a data da protocolização do referido recurso, tal qual entendeu o acórdão recorrido. Assim, deve-se determinar que a autoridade administrativa dê continuidade ao processamento da manifestação. Anote-se, também, que o STJ já sedimentou que as impugnações apresentadas na esfera administrativa têm o condão de impedir o pagamento do valor até que se resolva a questão referente à extinção do crédito tributário em razão da compensação (art. 151, III, do CTN). Desse modo, há que se reconhecer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em questão, objeto do pedido de compensação, até a conclusão do julgamento. Anote-se, por último, que não se fez qualquer juízo de valor quanto à própria validade da compensação. Quanto a esse julgamento, a Min. Eliana Calmon, vencida parcialmente, dava parcial provimento ao especial para o exclusivo fim de julgar o processo administrativo. Precedentes citados: EREsp 850.332-SP, DJe 12/8/2008; REsp 1.101.004-SP, DJe 24/6/2009, e REsp 1.044.484-PR, DJe 5/3/2009. REsp 1.100.483-AL, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 1º/9/2009.

Muito embora somente com Lei n. 11.051, de 2004, a compensação de créditos discutidos em ação judicial não transitada em julgado passou a ser considerada não declarada, o entendimento do STJ, externado na notícia acima reproduzida, é de que a lei aplicada à compensação é a vigente à época da apresentação do pedido ou da declaração.

No caso dos autos, quando as declarações foram apresentadas, já vigia a Lei Complementar n. 104, de 2001, que introduziu o art. 170-A do CTN.

Tal disposição legal impedia a compensação antes do trânsito em julgado da ação judicial, de forma compatível com o *caput* do art. 74 da Lei n. 9.430, de 1996, que expressamente destacou o direito à compensação de créditos “judiciais com trânsito em julgado”.



Portanto, independentemente do direito de crédito em si, na data da transmissão das declarações de compensação, a legislação não permitia as compensações em questões.

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


JOSÉ ANTONIO FRANCISCO 