



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de ____/____/____
Rubrica

2º CC-MF
Fl. ____

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

Embargante : FAZENDA NACIONAL

Embargada : Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RETIFICA-SE O ACÓRDÃO Nº 201-75.438, QUE PASSA A TER A SEGUINTE EMENTA:

“COFINS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA PEDIR A RESTITUIÇÃO.

Em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos quais o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, o prazo para pedir a restituição é de 10 (dez) anos.

SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇO PROFISSIONAL RELATIVO AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO DO ART. 6º, II, DA LC 70/91.

As exigências legais para que a pessoa jurídica faça jus à isenção prevista no art. 6º, II, da LC nº 70/91, decorrem da interpretação do art. 1º do DL nº 2.397/87 e são: (a) que a pessoa jurídica seja sociedade civil prestadora de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada; (b) que seja registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; e (c) que seja constituída exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil. Não houve restrição à isenção, no art. 6º da LC nº 70/91, em virtude da forma de tributação do Imposto de Renda, bem como, com relação aos sócios, exige-se que os serviços prestados pela sociedade sejam relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

Recurso voluntário provido.”

Embargos acolhidos para retificar o Acórdão nº 201-75.438.

Vistos, relatados e discutidos os presentes embargos de declaração interpostos por:
FAZENDA NACIONAL.

DECIDEM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para retificar o Acórdão nº 201-75.438, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003

Josefa Maria Coelho Marques
Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Gilberto Cassuli
Gilberto Cassuli
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Serafim Fernandes Corrêa, Antonio Mario de Abreu Pinto, José Roberto Vieira, Sérgio Gomes Velloso e Rogério Gustavo Dreyer.

cl/cf



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

Embargante : FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A União Federal (Fazenda Nacional), tendo exarado seu ciente do Acórdão desta Câmara em 03/04/2002, interpôs Embargos de Declaração em 03/04/2002, às fls. 131/132, por entender que o Acórdão nº 201-75.438 “omitiu ponto sobre o qual a Egrégia Primeira Câmara dever-se-ia pronunciar”.

Afirma o douto Procurador da Fazenda Nacional não constar “qualquer apreciação e julgamento de uma das matérias que conduziram ao indeferimento da solicitação formulada pelo Contribuinte, qual seja a da Decadência pronunciada pela autoridade a quo, na decisão de primeira instância”.

Apontou, assim, a omissão acerca de um ponto a respeito do qual a Câmara deveria ter se manifestado.

A ilustre Senhora Presidente desta Câmara, Josefa Maria Coelho Marques, despachou no sentido de acatar os embargos declaratórios para modificar o Acórdão.

É o relatório.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
GILBERTO CASSULI**

Com efeito, a decisão proferida pela DRJ em Curitiba - PR, às fls. 102/108, foi assim ementada:

"Ementa: RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo para que o contribuinte possa 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, contados da data da extinção do crédito tributário.

SOCIEDADE CIVIL. ISENÇÃO. EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA.

Faziam jus à isenção da Cofins apenas as sociedades civis de prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada que preenchessem os requisitos legais, o que não é o caso da interessada, em que somente um dos sócios é profissional habilitado à prestação de serviços.

SOLICITAÇÃO INDEFERIDA".

Em sua fundamentação, decidindo acerca dos recolhimentos efetuados até 25/02/1994, afirmou:

"Assim, aplicando-se o dispositivo normativo citado e tendo em vista que o CTN, em seu art. 156, I, especifica que o pagamento é modalidade de extinção de crédito tributário, e tendo a reclamante protocolizado o seu pedido de restituição em 25/02/1999, já havia decorrido o prazo de 5 (cinco) anos para os recolhimentos efetuados até 25/02/1994, sendo que seu direito de pedir restituição já havia expirado, devendo ser mantido o indeferimento do pedido, por essa razão."

De fato, o Acórdão embargado não se pronunciou acerca da decadência, que fora fundamento de decidir da DRJ. Eis a ementa do Acórdão embargado:

"COFINS – SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇO PROFISSIONAL RELATIVO AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA – ISENÇÃO DO ART. 6º, II, DA LC 70/91 - As exigências legais para que a pessoa jurídica faça jus à isenção prevista no art. 6º, II, da LC nº 70/91, decorrem da interpretação do art. 1º do DL nº 2.397/87 e são: (a) que a pessoa jurídica seja sociedade civil prestadora de serviços profissionais

P. J. 3



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada; (b) que seja registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas; e (c) que seja constituída exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no Brasil. Não houve restrição à isenção, no art. 6º da LC nº 70/91, em virtude da forma de tributação do Imposto de Renda, bem como, com relação aos sócios, exige-se que os serviços prestados pela sociedade sejam relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada. Recurso voluntário provido."

Destarte, incorreu em omissão o Acórdão. Outrossim, fundamentaremos nosso posicionamento em relação à arguição de decadência.

DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA – INOCORRÊNCIA –
DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA PEDIR A RESTITUIÇÃO

Inicialmente, cabe analisar a afirmação do douto Procurador da Fazenda Nacional de que *"com relação à decadência pronunciada pela autoridade de primeira instância, sequer o próprio Contribuinte a ela fez menção no recurso voluntário que interpôs, conduzindo à interpretação de que com a referida pronúncia aquiesceu, o que por si só determinaria o encerramento da causa, na forma do decisorio a quo"*.

Esta afirmação, contida nos Embargos de Declaração, não pode prevalecer. Vale trazer à colação ensinamento de LUÍS EDUARDO SCHOUERI e GUSTAVO EMÍLIO CONTRUCCI A. DE SOUZA:

*"O processo administrativo decorre do poder hierárquico que vincula os entes administrativos e do princípio da legalidade, e não de um direito da administração em face do contribuinte: o processo administrativo é um processo que tem por objetivo a atuação da vontade concreta da lei, sem que haja uma pretensão processual no seu sentido técnico – pelo menos neste momento – da administração em face do contribuinte."*¹ (grifamos)

As palavras dos eminentes doutrinadores nos levam a meditar sobre o princípio da verdade material, entre outros, e da necessidade/dever de a Administração aplicar corretamente a lei ao caso concreto.

Comentando sobre os princípios específicos que informam o Processo Administrativo Tributário, MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA e MARIA TERESA MARTÍNEZ LÓPEZ, ao se referirem ao princípio da verdade material, afirmam:

"Em decorrência do princípio da legalidade, a autoridade administrativa tem o dever de buscar a verdade material. O processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fato gerador e a

¹SCHOUERI, Luís Eduardo; SOUZA, Gustavo Emilio Contrucci A. de. Verdade Material no "Processo" Administrativo Tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Dialética, 1998. p. 145.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

constituição do crédito tributário, devendo o julgador pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado. Odete Medauar preceitua que 'o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos.'

Segundo Alberto Xavier, a lei concede ao órgão fiscal meios instrutórios amplos para que venha formar sua livre convicção sobre os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte. Nesta perspectiva, é lícito ao órgão fiscal agir sponte sua com vistas a corrigir os fatos inveridicamente postos ou suprir lacunas na matéria de fato, podendo ser obtidas novas provas por meio de diligências e perícias.² (grifamos)

Do exposto concluímos, em homenagem aos princípios da verdade material e da legalidade, pela possibilidade de conhecimento da questão da decadência, ainda que a contribuinte não tenha ventilado discussão acerca desta matéria em seu recurso voluntário.

Como fundamento do indeferimento do pleito da contribuinte pela autoridade administrativa, há a suposta operação do instituto da decadência, que pretende seja caracterizada pelo decurso de prazo, tomado como termo *a quo* o pagamento do tributo.

Para tanto, fulcra o indeferimento da solicitação administrativa no art. 168, inciso I, do Código Tributário Nacional. Não obstante a lógica adotada na premissa da autoridade, a decisão ora atacada não pode prosperar.

Em se tratando de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, nos quais o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa, o prazo para pedir a restituição é de 10 (dez) anos.

Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, o Fisco tem o prazo de 05 (cinco) anos para homologar expressamente o "lançamento" (que é ato privativo da autoridade fiscal), após o qual ter-se-á tacitamente homologado o lançamento e, então, definitivamente extinto o crédito tributário. Somente a partir da efetiva extinção do crédito tributário, operada a decadência para a Fazenda Pública constituir-lo, é que começa a fluir o prazo de prescrição para o contribuinte buscar a restituição, nos termos do art. 168, I, do mesmo diploma legal.

Assim, tem-se que, na prática, a prescrição opera-se decorridos 05 anos da extinção do crédito tributário, a qual, no caso do tributo em exame, somente ocorre com a

²NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 63.



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

homologação do Fisco. Sem homologação expressa, a extinção do crédito tributário ocorre tacitamente decorridos 05 anos do fato gerador. Prescreve, então, o direito de o contribuinte buscar a restituição de valores recolhidos a maior, somente após o decurso de 10 anos da ocorrência do fato gerador. Nesse sentido, para o qual pende a jurisprudência dominante, há várias decisões, dentre as quais citamos: REsp nºs 48.105/PR e 70.480/MG.

Então, a situação dos autos nos leva à seguinte conclusão: tendo os primeiros pagamentos a maior sido efetuados em 12/1992 e tendo o pedido de restituição sido protocolado em 25/02/1999, não se encontra prescrito o direito de o contribuinte pedir a devolução ou compensação dos valores recolhidos indevidamente ou a maior.

Pertinente trazer as sábias palavras do eminente Conselheiro José Roberto Viera:

"Eis que o pagamento antecipado, no bojo do lançamento por homologação, '...nada extingue' (SACHA CALMON, op. cit., p. 53 e 29), porque anterior ao lançamento, que só se opera com a homologação, a teor do texto expresso do artigo 150, 'caput'. Eis que o pagamento antecipado não passa de '...mera proposta de lançamento...', uma vez que lançamento mesmo só teremos com a homologação, constituindo um pagamento 'sob reserva' e 'por conta' da homologação (ESTEVÃO HORVATH, Lançamento Tributário e 'Autolancamento', São Paulo, Dialética, 1997, p. 109-110). E embora PAULO DE BARROS questione o falar-se em extinção provisória do pagamento antecipado e extinção definitiva da homologação (Op. cit., p. 228), é nada menos que SOUTO MAIOR BORGES quem falará em extinção condicionada do primeiro e incondicionada ou definitiva da segunda (Op. cit., p. 387, 388 e 392).

Essas as razões pelas quais o prazo de 5 (cinco) anos para a repetição do indébito, nos tributos que se valem do Lançamento por Homologação, só pode começar a fluir da data da homologação, seja ela expressa ou ficta, pois somente então é que, nos termos do artigo 156, VII, dar-se-á por extinto o crédito tributário, cumprindo-se o disposto no artigo 168, I. O que significa dizer que, inexistindo a homologação explícita, como de fato acontece na maioria dos casos, transcorrerão 5 (cinco) anos após a ocorrência do fato jurídico tributário para que se considere existente a homologação implícita (CTN, artigo 150, § 4º); e só então principiará o prazo, de mais 5 (cinco) anos, para a extinção do direito de pleitear a restituição (CTN, artigo 168, I)."

Destarte, nestes autos não se pode falar em ocorrência de *decadência* para a contribuinte pleitear a restituição do tributo pago indevidamente ou a maior, porque o prazo (em verdade, prescricional) para tanto se extingue após 10 anos da ocorrência do fato gerador.

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, voto pelo ACOLHIMENTO dos Embargos de Declaração, tão-somente para o fim de sanar a omissão em

G. *SM*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF

Fl.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO ACÓRDÃO Nº 201-75.438

Processo nº : 10930.000226/99-77

Recurso nº : 116.359

que incorreu o Acórdão embargado, fundamentando a questão referente à *decadência* e alterando a redação da ementa.

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de fevereiro de 2003


GILBERTO CASSULI