MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13900.000371/2002-60
Recurso nº	131.412 Voluntário
Matéria	COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO.
Acórdão nº	203-12.607
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	UNIMATER ASSISTÊNCIA MÉDICA S/C LTDA.
Recorrida	DRJ em CAMPINAS-SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 01 / 07 / 08
Rubrica

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/04/1997 a 31/08/1997

Ementa: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. RESTITUIÇÃO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO.

É de cinco anos contados a partir do pagamento antecipado o prazo para pleitear a repetição de indébito relativo a tributo sujeito ao lançamento por homologação.

COFINS. ISENÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 70, DE 1991. REVOGAÇÃO.

A isenção da Cofins prevista no art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70, de 1991, não subsiste para os fatos geradores ocorridos a partir de abril de 1997, não se podendo caracterizar como indevidos os pagamentos efetuados com base no art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, exceto na hipótese de este dispositivo ser declarado inconstitucional pelo STF.

Recurso negado.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 03 / 08
Marilde Curtino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

DALTON CESAR CORDEIRO DE MIRANDA

Vice-Presidente

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Eric Moraes de Castro e Silva, Mauro Wasilewski (Suplente), Luciano Pontes de Maya Gomes, Odassi Guerzoni Filho e José Adão Vitorino de Morais (Suplente).

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12 / 03 / 08
Marilde Curcino de Oliveira
Mat. Siape 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 03 / 08
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Relatório

A pessoa jurídica qualificada nestes autos solicitou, em 27 de setembro de 2002, a restituição dos valores recolhidos a título de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins), em período entre 8 de maio de 1997 e 15 de julho de 2002 (comprovantes às fls. 34 a 94), para compensação com débitos seus, conforme Declarações de Compensação (DCOMP), às fls. 126 a 240.

O pedido, fundamentado na inconstitucionalidade da revogação da isenção concedida às sociedades civis pelo art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, foi indeferido, com fundamento no Parecer constante das fls. 249 a 253, ensejando a apresentação de manifestação de inconformidade à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Campinas-SP (DRJ/CPS), que, nos termos do voto condutor do Acórdão nº 10.017, de 13 de julho de 2005, às fls. 324 a 330, manteve o indeferimento do pleito.

Inconformada com essa decisão, a contribuinte, tempestivamente, interpôs recurso voluntário a este Segundo Conselho de Contribuintes para alegar, em suma, que:

I – é inconstitucional a revogação, por meio de lei ordinária, da isenção concedida em lei complementar;

II - para gozar da isenção prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991, exige-se apenas que a sociedade seja constituída exclusivamente por pessoas domiciliadas no Brasil, esteja registrada no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e tenha por objetivo a prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão regulamentada, sendo ilegal exigência relativa ao regime de tributação adotado;

III – tratando-se de lançamento por homologação, o prazo qüinqüenal para a repetição de indébito deve ser contado a partir da homologação do lançamento que, sendo tácita, ocorre após o decurso do prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, sendo totalmente ilegal o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, visto que colide com o que estabelece a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), como causa de extinção do tributo (homologação) e com a própria definição de lançamento como atividade privativa da administração;

IV – o art. 3º supracitado só pode ter eficácia a partir de junho de 2005, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ);

V – o indébito deve sofrer a incidência da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic);

VI – a legislação em vigor agasalha o direito à compensação do crédito pleiteado com seus débitos.

Ao final, solicitou a recorrente o provimento do seu recurso para homologar as compensações declaradas nos processos administrativos que citou.

É o Relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 03 / 08
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Voto

Conselheira SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo, por isso dele conheço.

Mister que se analise, de início, questão prejudicial da análise do mérito suscitada nestes autos e motivadora, em parte, do indeferimento do pleito na unidade de origem e da manutenção desse indeferimento pela DRJ/CPS, qual seja, a decadência do direito de pleitear a repetição do indébito.

A recorrente fundamentou a defesa relativa a essa matéria no que ficou conhecido como a tese dos cinco mais cinco, que é o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para repetir o indébito é de dez anos contado do fato gerador, pois contar-se-ia cinco anos para a homologação tácita do lançamento, ocasião em que tem-se por extinto o crédito e tributário e, portanto, somente a partir daí começaria a fluir o prazo decadencial de cinco anos.

Cumpre então examinara a matéria à luz do art. 150 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece, **ipsis litteris**:

> *Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*
>
> *§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*
>
> *(Grifou-se)*

O prazo para pleitear a restituição de pagamento indevido é tratado no art. 168 do CTN, que assim estabelece:

> *Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*
>
> *I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;*
>
> *II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão*

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 03 / 08
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Ora, da literalidade das disposições acima transcritas infere-se que o prazo de decadência em questão é qüinqüenal e seu termo inicial é a data da extinção do crédito tributário.

A polêmica incitada pela peça recursal diz respeito então ao marco temporal dessa extinção, defendido pela recorrente como sendo o momento em que se resolve a condição referida no art. 150, § 1º, acima transcrito, pela homologação do lançamento. Sendo assim, na hipótese de homologação tácita, esse marco temporal ocorreria no quinto ano do fato gerador correspondente ao pagamento efetuado, em consonância com o § 4º desse mesmo art. 150.

Para fixar o termo inicial do prazo em questão, o art. 168 do CTN diferenciou apenas hipóteses de indébito tributário, não fazendo distinção entre extinção do crédito tributário sem condição e sob condição. Ocorre, porém, que, ao tratar da extinção do crédito tributário, o art. 156 desse mesmo Código estabeleceu, **ipsis litteris**:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

(...)

VII - o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;

(...)

Observe-se, pois, que o art. 156 do CTN, em seus incisos I e VII, caracterizou e bem diferenciou o mero pagamento, concernente aos tributos em geral, e o pagamento antecipado, intrinsecamente relacionado aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, para definir o momento em que ocorre a extinção do crédito tributário.

Ora, na redação do referido inc. VII, utilizou-se do conectivo "e" para afirmar a necessidade de concorrência de duas condições para se operar a extinção do crédito tributário na hipótese de lançamento por homologação, quais sejam, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento.

Destarte, à luz apenas dessas disposições do CTN, poder-se-ia dizer que assiste razão à recorrente relativamente à defesa do prazo decenal, contado a partir do fato gerador, para repetição de indébito sujeito ao lançamento por homologação, na hipótese em que tratar-se de homologação tácita. Entretanto, não se pode olvidar que a Lei Complementar nº 118, de 2005, estabeleceu que a extinção do crédito tributário ocorre no momento do pagamento antecipado, conforme dicção do seu art. 3º, que assim dispõe:

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.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 08 / 08
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650

Cabe então enfrentar a razão recursal relativa a inaplicabilidade da Lei Complementar nº 118, de 2005, à hipótese destes autos, por tratar-se de pedido formulado antes do seu advento.

Sobre isso, convém focalizar a cláusula de vigência desse mesmo diploma legal assim formulada no seu art. 4º que prescreve:

> *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.*
>
> *(Grifou-se)*

Ora, o art. 106, inc. I, do CTN trata exatamente da aplicação retroativa de lei, com a seguinte dicção:

> *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;*
>
> *(...)*

Quanto às aduções de ilegalidade da Lei Complementar nº 118, de 2005, não cabe ao órgão julgador administrativo exercer o controle de constitucionalidade das leis, que é atividade exclusiva do Poder Judiciário, devendo o Poder Executivo, em face da estrita vinculação legal de sua atividade, aplicar as leis vigentes enquanto não afastadas do ordenamento jurídico pelo Poder competente.

Em face disso, a defesa oposta pela recorrente fenece diante dessas disposições legais e os pagamento anteriores a 27 de setembro de 1997 foram atingidos pela decadência, operada com o decurso do prazo qüinqüenal contado a partir do pagamento efetuado.

Quanto ao mérito, vejamos primeiro o fundamento de direito argüido para amparar a existência do indébito tributário para repetir ou compensar com débitos da recorrente, qual seja, a subsistência da isenção concedida pelo art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70, de 1991, em face do disposto no art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, cujo teor transcreve-se:

> *Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.*
>
> *Parágrafo único. Para efeito da incidência da contribuição de que trata este artigo, serão consideradas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997.*

Ora, claro está que às sociedades civis beneficiárias da isenção prevista na Lei Complementar em tela, foi dispensado outro tratamento tributário, em relação à Cofins, com o advento do dispositivo legal supracitado. Destarte, o deslinde da questão transita pelo exame da constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, pois tendo sido ele legitimamente

inserido na ordem jurídica pátria e estando em pleno vigor, o afastamento de sua aplicação somente poderia decorrer de vício de inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que não ocorreu até a presente data.

Dessa forma, uma vez que não compete ao órgão julgador administrativo examinar argüições de inconstitucionalidade de lei, que é matéria afeta exclusivamente ao Poder Judiciário, conclui-se que não há fundamento jurídico para amparar o direito à repetição pleiteada. Vale dizer, os pagamentos da Cofins relativos aos fatos geradores ocorridos a partir de abril de 1997 foram efetuados em consonância com a legislação em vigor, não se caracterizando, pois, nenhuma das hipóteses de repetição previstas no art. 165 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional (CTN).

Não obstante a impossibilidade de este colegiado afastar dispositivo de lei em vigor, em virtude de alegada inconstitucionalidade não proferida pelo Poder competente, o que exime o colegiado administrativo de apreciar o mérito da questão atinente à impossibilidade da revogação, por lei ordinária, da isenção concedida por lei complementar, apenas para ilustrar o debate do mérito por este Segundo Conselho de Contribuintes, transcreve-se abaixo ementa do Acórdão nº 201-78362, de13 de abril de 2005, do voto vencedor proferido pelo Conselheiro José Antônio Francisco:

> ***COFINS.*** *ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS. LC Nº 70/91. LEI Nº 9.430/96.*
>
> *Inexistindo relação de hierarquia entre lei complementar e ordinária, relativamente a matéria que não trate de confronto com normas gerais de direito tributário, considera-se revogada a isenção prevista na LC nº 70, de 1991, pela Lei nº 9.430, de 1996.*

Pelas razões acima expendidas, **voto por negar provimento ao recurso**, em virtude de não restar caracterizado o indébito, em face da legislação vigente à época dos pagamentos efetuados, ficando prejudicada a análise das demais razões recursais.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007

SÍLVIA DE BRITO OLIVEIRA

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 14 / 08 / 08
Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91650