



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

Processo nº 10680.012883/2004-84
Recurso nº 279.642 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.571 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2010
Matéria Restituição / comp Cofins
Recorrente QG ENGENHARIA E PLANEJAMENTO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/2004

RESTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO

O direito de pedir restituição/compensação de contribuição para o PIS extingue-se em cinco anos, contados do pagamento. A edição da Lei Complementar nº 118/2005 esclareceu a controvérsia de interpretação quanto ao direito de pleitear a restituição do indébito, sendo de cinco anos contados da extinção do crédito que, no lançamento por homologação, ocorre no momento do pagamento antecipado previsto no § 1º do art. 150 do CTN.

COFINS. ISENÇÃO.

A isenção prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 vigeu até a edição da Lei nº 9.430/96, tendo sido revogada pelo seu art. 56.

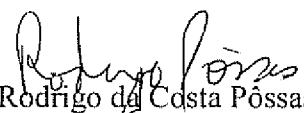
INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.

Consoante Súmula nº 2 deste Conselho, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Os Conselheiros Antônio Lisboa Cardoso e Maria Tereza Martinez Lopez votaram pelas conclusões.


Rodrigo da Costa Póssas - Presidente


Maurício Taveira e Silva - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso, Maurício Taveira e Silva (Relator), Rodrigo Pereira de Mello (Suplente), Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Póssas (Presidente).

Relatório

QG ENGENHARIA E PLANEJAMENTO LTDA., devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 385/407 contra o Acórdão nº 02-19.603, de 24/10/2008, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte - MG, fls. 365/373, que indeferiu a solicitação de restituição/Dcomp de crédito de Cofins, referente aos períodos de apuração de 01/01/1997 a 31/01/2004, cuja solicitação foi protocolizada em 26/10/2004 (fl. 01v).

Conforme Despacho Decisório de fls. 317/320, a contribuinte alegou ser isenta da Cofins com fulcro no art. 6º, II, da LC nº 70/91. A DRF indeferiu o pedido de restituição e não homologou as compensações declaradas, pois as sociedades civis de prestação de serviços profissionais deixaram de ser isentas da contribuição para a seguridade social por força do art. 56 da Lei nº 9.430/96.

Irresignada, a contribuinte apresentou, em 04/08/2008, manifestação de inconformidade de fls. 332/350, aduzindo os seguintes argumentos:

1. as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, nos termos do art. 6º da LC nº 70/91, c/c o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87, estão isentas da Cofins, sendo irrelevante o regime de tributação adotado para apuração do imposto de renda das pessoas jurídicas;

2. a Lei nº 9.430/96 não poderia revogar a isenção concedida por lei complementar, devido à hierarquia superior da norma que a outorgou. Cita doutrina e transcreve decisões administrativas e judiciais a corroborar sua tese;

3. o STJ decidiu pela ilegalidade do recolhimento da Cofins pelas sociedades civis de profissão regulamentada, no período de vigência da referida isenção, editando a Súmula 276;

4. quanto à análise de constitucionalidade e legalidade de leis e atos normativos, cabe a todos os poderes o zelo para o integral cumprimento e obediência à Constituição Federal, não sendo tal atribuição somente do Poder Judiciário. Assim, em caso de inconstitucionalidade ou ilegalidade, as autoridades administrativas, bem como o Judiciário, devem decidir pela lei ou pela Constituição, devendo optar pela última;

5. seja reconhecida a suspensão de exigibilidade do crédito tributário;

Por fim, requer a reforma da decisão e o reconhecimento do seu direito à restituição e compensação.

A DRJ indeferiu a solicitação, cujo acórdão restou assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/01/2004

SOCIEDADE CIVIL TRIBUTAÇÃO

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais, relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, deixaram de ser isentas da contribuição para a seguridade social, por expressa previsão legal.

Solicitação Indeferida

Inconformada, a contribuinte encaminhou, via Sedex, tempestivamente, em 19/12/2010, recurso voluntário de fls. 385/407, repisando seus argumentos de defesa e, ainda, aduzindo a aplicação da prescrição decenal e a ilegalidade do art. 3º da LC nº 118/05.

Por fim, requer a reforma da decisão recorrida e a homologação das compensações efetuadas com lastro no pedido de restituição.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Maurício Taveira e Silva, Relator

O recurso é tempestivo, atende aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, dele se conhece.

Analisa-se, preliminarmente, ocorrência de eventual perda do direito à restituição em decorrência do transcurso do prazo prescricional.

O art. 168, I, do CTN, fixa o prazo de cinco anos para pleitear restituição, da data da extinção do crédito tributário, caracterizado pelo pagamento indevido. Nem a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, nem a Resolução do Senado Federal no controle difuso, e tampouco um ato de caráter geral do Executivo que reconheça a inconstitucionalidade, têm o condão de ressuscitar direitos patrimoniais prescritos segundo as regras do CTN.

Apesar de controversa, esta questão ficou sanada com a edição da Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, visto que, o seu art. 3º esclarece a interpretação que deve ser dispensada ao caso:

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

Com a edição da Lei Complementar 118/2005, o seu artigo 3º foi debatido no âmbito do STJ no EResp 327043/DF, que entendeu tratar-se de usurpação de competência a edição desta norma interpretativa, cujo real objetivo era desfazer entendimento consolidado. Entendendo configurar legislação nova e não interpretativa, os Ministros do STJ decidiram que as ações impetradas até a data de 09/06/2005, não se submeteriam ao consignado na nova lei.

Todavia, no âmbito administrativo, a LC nº 118/05 somente ratificou o entendimento anteriormente consolidado de prescrição quinquenal. Ademais, não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário. As normas emanadas do órgão competente passam a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento.

Portanto, em relação a perda do direito à restituição em decorrência do transcurso do prazo prescricional, o início da contagem se verifica no momento do pagamento.

Deste modo, tendo o pedido sido protocolizado em 26/10/2004, encontram-se com o direito de restituição extinto todos os recolhimentos efetuados anteriormente a 26/10/1999, tendo, portanto, sido alcançados pelo instituto da prescrição.

A contribuinte requer a isenção prevista na LC nº 70/91, art. 6º, inciso II, referente às sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei Nº 2.397/87.

Não assiste razão à recorrente, conforme se demonstrará.

Para tanto, valho-me dos esclarecedores ensinamentos dos ilustres autores Hiromi Higuchi, Fábio Hiroshi Higuchi e Celso Hiroyuki Higuchi¹, os quais abordam a matéria em seu contexto histórico. Assim, asseveram que a Súmula nº 276 do STJ decorre das ações contra o PN nº 3/94, em cujo entendimento, a abdicação ao regime de tributação previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87 e opção pelo lucro real ou presumido, importa na sujeição à Cofins. Posteriormente, com a edição da Lei nº 9.430/96, art. 56, pondo fim a isenção prevista na LC nº 70/91, foi deflagrada nova corrida ao judiciário sob o argumento de que uma lei ordinária não poderia revogar isenção prevista em lei complementar. Essa tese foi rejeitada pelo STF. Assim, concluem que a Súmula nº 276 não se aplica aos fatos posteriores a 31/03/97.

A seguir, o texto mencionado.

RETROSPECTIVA DA COFINS DAS SOCIEDADES CIVIS
Muitos contabilistas e advogados com idade inferior a quarenta anos desconhecem o histórico da controvertida questão da COFINS sobre as receitas das sociedades civis de profissões regulamentadas. A questão merece ser lembrada. O art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987, dispunha:

Art. 1º - A partir do exercício financeiro de 1989, não incidirá o imposto de renda das pessoas jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada periodobase, pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de

¹ in "Imposto de Renda das Empresas - Interpretação Prática", 33ª ed. São Paulo, IR Publicações Ltda., 2008, pág. 879/882

profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

O lucro apurado era considerado automaticamente distribuído aos sócios, na data de encerramento do período-base, de acordo com a participação de cada um nos resultados da sociedade, sendo tributado exclusivamente nas pessoas físicas, na fonte como antecipação e na declaração de rendimentos.

A LC nº 70, de 30-12-91, que instituiu a COFINS veio dispor no art. 6º que são isentas da contribuição as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987. Na mesma data surgiu a Lei nº 8.383, de 1991, que em seu art. 71 dispunha:

Art. 71 As pessoas Jurídicas de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, 1987, poderão optar pela tributação com base no lucro presumido.

A maioria das sociedades civis de profissões regulamentadas optou pela tributação pelo lucro presumido por ser menos oneroso mas continuou não pagando a COFINS. A Receita Federal expediu o Parecer Normativo nº 3, de 25-03-94, definindo que a sociedade civil que abdicar do regime de tributação previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987, e optar pelo lucro real ou presumido, sujeita-se à COFINS

O entendimento da Receita Federal provocou milhares de mandados de segurança impetrados pelas sociedades civis que optaram pela tributação com base no lucro presumido. Dai surgiram liminares e decisões de primeira instância e dos tribunais regionais federais favoráveis aos contribuintes.

A Lei nº 9.430, de 1996, pelo seu art. 88, revogou o regime de tributação previsto no art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 1987, e pelo art. 56 determinou que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão regulamentada passassem a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observando a LC nº 70, de 1991.

Em razão da exigência de pagar a COFINS, novamente o Poder Judiciário foi acionado por milhares de sociedades civis de profissões regulamentadas. O argumento era o de que uma lei ordinária não poderia revogar a isenção de COFINS concedida por lei complementar que é de hierarquia superior. As decisões da primeira instância e dos tribunais regionais federais eram divergentes.

Como a Fazenda Nacional era a recorrida na maioria dos recursos especiais, as decisões dos tribunais regionais federais eram predominantemente desfavoráveis aos contribuintes. Nos recursos especiais em que a constitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, não era questionada, o STJ passou a conhecer do recurso, dando provimento com o entendimento de

que a revogação da isenção concedida pela LC nº 70, de 1991, por lei ordinária fere o princípio da hierarquia das leis

As decisões das Turmas do STJ são sempre por unanimidade de votos, ainda que haja, entendimento discordante, como ocorreu no REsp nº 664 777-RS (DJU de 1611-04) em cuja ementa do acórdão está dito:

**TRIBUTÁRIO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS
COFINS. ISENÇÃO LC 70/91. SÚMULA 276/STJ.**

1. A revogação da isenção concedida pela Lei Complementar nº 70/91 por lei ordinária fere o princípio da hierarquia das leis.

2. "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado" (Súmula 276/STJ).

3. Ressalva do ponto de vista do Relator, cujo entendimento é de que a Lei Complementar nº 70/91 pode ser alterada por lei ordinária, como é o caso da Lei nº 9 430/96, tendo em vista que, em matéria de isenção, é materialmente lei ordinária, pelo que não se há de invocar o princípio da hierarquia das leis.

4 recurso especial provido.

O STJ, em 2003, editou a Súmula nº 276 dizendo que "as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas de COFINS, irrelevante o regime tributário adotado" Aquela Súmula está sendo interpretada de forma equivocada porque está dizendo simplesmente que a isenção da COFINS aplica-se independente do regime de tributação da pessoa jurídica, ou seja, se no lucro presumido, arbitrado, real ou exclusivamente nas pessoas físicas dos sócios na forma dos arts 1º e 2º do Decreto-lei nº 2 397, de 1987

A Súmula 276 não entrou no mérito da questão da revogação, por lei ordinária, da isenção de COFINS concedida por lei complementar. Ela decorreu de processos judiciais iniciados entre 1992 e 1996, portanto antes da revogação da isenção de COFINS das sociedades civis pelo art 56 da Lei nº 9.430, de 30-12-91. Nesses processos foi questionado exclusivamente o entendimento da Receita Federal expresso através do Parecer Normativo nº 3, de 1994, no sentido de que a opção da sociedade civil pelo lucro real ou presumido faz perder a isenção da COFINS. Com isso, a Súmula nº 276 do STJ tornou-se inaplicável para os fatos geradores ocorridos a partir do mês de abril de 1997, quando passou a ser aplicável o art. 56.

Após a decisão da Primeira Turma do STF no Ag Reg no RE 451 988-7 (DJU de 17-03-06), quando ficou decidida a legitimidade da revogação pela Lei nº 9.430, de 1996, da isenção da COFINS concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pela LC nº 70, de 1991, todas as decisões monocráticas dos Ministros do STF vem adotando aquele entendimento.

Está em julgamento pelo Plenário do STF os RE 377 457 e 381 964, já com oito votos confirmando a orientação

jurisprudencial no sentido da validade da revogação, pelo art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, da isenção da COFINS concedida pelo art. 6º, II, da LC nº 70, de 1991. Nas decisões monocráticas publicadas no DJU do mês de agosto de 2007, citando o julgamento em andamento daqueles dois RE, está dito que não há qualquer tendência à mudança da orientação fixada, mesmo estando aqueles processos com o seu julgamento suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Marco Aurélio, porque já foram proferidos oito votos confirmando a orientação jurisprudencial sedimentada.

*A surpresa surge ao folhear o diário da Justiça do período posterior ao entendimento firmado pelo STF. Em todas as decisões, o STJ usa duas expressões: **não conheço do recurso especial** ou **nego seguimento ao recurso especial**. O STF, também, usa duas expressões: 1) quando a recorrente é sociedade civil diz **nego seguimento a este recurso extraordinário**; 2) quando a recorrente é a União diz **conheço do recurso extraordinário, provendo-o para reformar o acórdão recorrido na parte em que julgou válida a isenção prevista na LC nº 70, de 1991**. Tanto o STJ como o STF usam decisão padrão tipo carimbo.*

O STJ e o STF não fazem distinção se a matéria questionada refere-se aos fatos geradores anteriores ou posteriores a 31-03-97 quando entrou em vigor a revogação da isenção de COFINS pelo art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996. Os milhares de processos do período anterior a 31-03-97 em que a matéria questionada é o Parecer Normativo nº 3, de 1994, da Receita Federal, a competência é do STJ e não do STF. A competência do STF é somente dos processos referentes a fatos geradores posteriores a 31-03-97.

Por tratarem-se de processos repetitivos, os Ministros do STJ e do STF não têm tempo para ler o que os assessores escreveram. Estes também não têm culpa porque nem os especialistas entendem a tumultuada legislação de COFINS. As várias seções estaduais da OAB e inúmeros advogados têm equivocado ao aplicar a Súmula nº 276 aos fatos geradores ocorridos após 31-03-97.

Portanto, conforme se verifica, após a edição da Lei nº 9.430/96, não mais subsiste a isenção prevista no art. 6º, inciso II da LC nº 70/91.

Registre-se, ainda, que, conforme bem decidiu a instância *a quo*, em relação à arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade, como é cediço, a apreciação desses elementos, face a legislação tributária, foge à alçada das autoridades administrativas de qualquer instância que não dispõem de competência para examinar a legitimidade de normas inseridas no ordenamento jurídico nacional, uma vez que essa competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário pela Constituição Federal de 1988, art. 102.

De se registrar que sobre este tema o CARF já se pronunciou por meio da Súmula nº 02, a qual se transcreve:

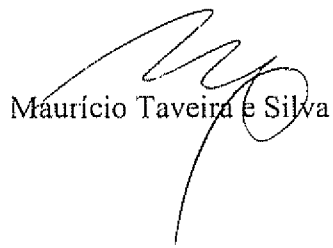


Súmula CARF nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, todas as questões suscitadas pela contribuinte relacionadas a inconstitucionalidade/ilegalidade, não devem ser apreciadas.

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **negar provimento** ao recurso voluntário.



Máuricio Taveira e Silva