



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

Processo nº 13826.000103/2004-40
Recurso nº 251.907 Voluntário
Acórdão nº 3803-00.333 – 3ª Turma Especial
Sessão de 11 de março de 2010
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente VISÃO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA
Recorrida DRJ DE RIBEIRÃO PRETO - SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 08/04/1994 a 29/03/1999

INDÉBITO FISCAL. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de se pleitear restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS.

Período de apuração: 01/04/1997 a 31/01/2004

SOCIEDADE CIVIL. PROFISSÃO. LEGALMENTE REGULAMENTADA. ISENÇÃO.

A isenção de que gozava as sociedades civis de prestação de serviços de profissão, legalmente regulamentada, em relação à Cofins, cessou em 31 de março de 1997.

A partir de 10 de abril de 1997, por força de dispositivo legal, aquelas sociedades passaram a serem tributadas com base no faturamento mensal.

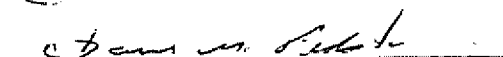
Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento. Os Conselheiros Belchior Melo de Sousa, Hécio Lafetá Reis e Rangel Perrucci Fiorin, votaram pelas conclusões do Relator.

[Assinatura]


Alexandre Kern - Presidente


Daniel Maurício Fedato - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Henrique Martins de Lima, Belchior Melo de Sousa, Daniel Maurício Fedato, Hécio Lafetá Reis e Rangel Perrucci Fiorin.

Relatório

Trata o presente recurso voluntário, contra decisão proferida pela 1ª Turma da DRJ de Ribeirão Preto/SP, que indeferiu pleito do Contribuinte.

A questão deu-se início com pedido (fl. 01) e protocolado em 30.03.2004, solicitando restituição de crédito que alega ter no montante de R\$ 53.214,98, referente aos recolhimentos que entende ter efetuado indevidamente a partir de 08 de abril de 1994 a 13 de fevereiro de 2004, da COFINS, incidente sobre os fatos geradores dos meses de março de 1994 a janeiro de 2004.

Em 06 de julho de 2004, a Delegacia da Receita Federal de Marília/SP não reconheceu o pedido de restituição de crédito formulado pela Interessada, fundamentada na inexistência do respectivo direito creditório, por não se beneficiar da isenção pretendida, pelas seguintes alegações:

"a) preliminarmente, na data de protocolo do presente pedido, o direito de a interessada repetir os valores referentes aos recolhimentos efetuados até 30/03/1999 encontrava-se decaído, nos termos do Código Tributário Nacional (CTN), arts. 165, I, e 168, II, c/c o Ato Declaratório SRF nº 96, de 1999; e,

b) no mérito, para os pagamentos efetuados a partir daquela data, a isenção da Cofins, para as sociedades civis de profissão regulamentada, prevista na Lei Complementar nº 70, de 1991, art. 6º, II, estava condicionada à adoção pela respectiva sociedade do regime de tributação previsto no Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, art. 1º. No presente caso, como a interessada não adotou aquele regime de tributação, optando pela tributação com base no lucro presumido, não faz jus à isenção prevista naquela lei complementar para o período, objeto deste pedido de restituição."

Não satisfeita com a decisão, apresentou defesa a DRJ de Ribeirão Preto/SP, sob o fundamento de que tomou conhecimento do indeferimento de seu pedido sob a seguinte alegação, conforme bem descreveu a DRJ: a) na data de protocolo do seu pedido, o seu direito à repetição dos recolhimentos efetuados até 30/03/1999 encontrava-se decaído, nos termos do CTN, arts. 165, I, e 168, I; e, b) os pagamentos efetuados a partir daquela data foram alvo de apreciação, porém, com base no Decreto nº 2.397, de 1987, na Lei nº 8.383, de 1991, art. 71, na IN SRF nº 21, de 1992, art. 33, e no Parecer Cosit nº 3, de 1994.

Observando também o equívoco da Receita Federal, onde a LC nº 70, de 1991, que instituiu a Cofins, isentou, em seu art. 6º, II, as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto nº 2.397, de 1987, do pagamento dessa contribuição. Ocorre que a Lei nº 9.430, de 1996, lei ordinária, revogou esse direito que fora concedido por lei complementar. Assim, considerando que uma lei ordinária não pode alterar uma lei complementar por ser hierarquicamente inferior, tem direito à restituição dos valores recolhidos a título de Cofins no período entre abril de 1994 e janeiro de 2004.

E quanto aos pagamentos atingidos pela decadência, segundo seu entendimento, o prazo quinquenal, para se repetir indébitos referentes a tributos sujeitos a lançamento por homologação, como a Cofins, deve ser contado a partir da data da homologação expressa e/ou tácita do pagamento efetuado sob condição resolutória, quando então ocorre a extinção do crédito tributário. Não ocorrendo a homologação expressa, a tácita ocorre depois de 05 (cinco) anos, contados da data do respectivo fato gerador, conforme estabelece o CTN, art. 150, § 4º. No presente caso, como a homologação foi tácita, a extinção se deu depois de decorridos 05 (cinco) anos do respectivo fato gerador, quando, então, se iniciou a contagem do prazo decadencial, resultando prazo total de dez anos para se repetir os respectivos indébitos, ou seja, 05 (cinco) anos para a extinção tácita e mais 05 (cinco) para a decadência do seu direito.

Expendeu, ainda, às fls. 252/260, extenso arrazoadado sobre: a prescrição prevista no CTN, art. 168; contagem do quinquênio para extinção de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação; o direito de compensar administrativamente; e como nasce o direito de compensar, concluindo, ao final, que seu direito material não se extinguiu pelo tempo, e que, para o período de abril de 1997 a janeiro de 2001, gozava de isenção da Cofins, devendo o seu recurso ser conhecido e provido, permitindo a repetição dos valores recolhidos indevidamente a título dessa contribuição.

A DRJ não reconheceu estas considerações, negando o pleito pelas seguintes razões, Ementa da decisão:

“Período de apuração: 08/04/1994 a 29/03/1999

INDÉBITO FISCAL. DECADÊNCIA.

A decadência do direito de se pleitear restituição e/ou compensação de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade de lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS.

Período de apuração: 01/04/1997 a 31/01/2004

J.

*SOCIEDADE CIVIL. PROFISSÃO. LEGALMENTE
REGULAMENTADA. ISENÇÃO.*

A isenção de que gozava as sociedades civis de prestação de serviços de profissão, legalmente regulamentada, em relação à Cofins, cessou em 31 de março de 1997.

A partir de 10 de abril de 1997, por força de dispositivo legal, aquelas sociedades passaram a serem tributadas com base no faturamento mensal.

Solicitação Indeferida."

Inconformada, renova seus motivos (fls. 278/303) a este Conselho de Contribuintes.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Daniel Maurício Fedato, Relator

O recurso voluntário é tempestivo e atende às demais exigências legais, razão pela qual dele conheço.

Conforme relatório demonstra os valores referem-se a recolhimentos mensais a partir de 08 de abril de 1994 a 13 de fevereiro de 2004, verificando então a data de protocolo do pedido se já estava ou não decaído, para repetir todos os valores reclamados.

A este respeito evoco o art. 165, I e 168, I do CTN:

"Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário;"

E se tratando de lançamento por homologação, como no caso da contribuição para a COFINS a extinção do crédito tributário, por previsão expressa do CTN ocorre quando do pagamento, e não em outro momento.



"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 do lançamento.

Art. 156. Extinguem o crédito tributário

(...)

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

E o art. 3º da Lei Complementar nº 118 de 09.02.2005, dissipa qualquer dúvida a respeito da data de extinção do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação.

"Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, 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".

Ora, se o pedido foi protocolado na data de 30 de março de 2004, o direito encontrava-se decaído naquela data. Restaria então conforme citou a DRJ, verificar a certeza e liquidez dos valores recolhidos após aquela data, ou seja, de 09 de abril de 1999 a 13 de fevereiro de 2004. Contudo, conforme demonstraremos a seguir, tanto os valores atingidos pela decadência quanto os demais, ao contrário do entendimento da interessada, são devidos por ela e não constituem indébitos tributários.

Basicamente o mérito cinge-se na sujeição ou não das sociedades civis de prestação de serviços de profissão regulamentada ao pagamento da COFINS. Neste sentido, a LC nº 70/91 que instituiu a COFINS havia isentado aquelas sociedades dessa contribuição.

No que tange ao período de competência abril de 1994 a março de 1997, a isenção, conforme se depreende dos dispositivos já transcritos, estava condicionada à adoção pela sociedade civil do regime de tributação dos seus lucros nas pessoas físicas dos sócios.

Em face do regime tributação de IR diferenciado das demais sociedades, aplicado às sociedades civis enquadradas no Decreto-Lei nº 2.397 de 1987:

"Os rendimentos das sociedades civis são de natureza eminentemente pessoal, pertencentes e indissociáveis dos sócios, o lucro apurado será integralmente submetido à

tributação nas pessoas físicas dos sócios, de acordo com a participação societária de cada um, independentemente de ocorrer distribuição efetiva ou não. Não haverá tributação na pessoa jurídica ".

Ou seja, aquelas cujo lucro é tributado integralmente nas pessoas físicas dos sócios, conclui-se que a LC nº 70/91 isentou as sociedades civis da contribuição social, por não se caracterizarem pessoas jurídicas para fins da Legislação.

O art. 150, II da CF estabelece limitações do poder de tributar, determinando o que é vedado:

"Instituir tratamento desigual entre contribuintes que encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos."

Deste modo, se a sociedade civil que optar um dos regimes de tributação de que trata a Lei nº 8.541, de 1992, art. 20, lucro real ou presumido, abdicando-se do regime de tributação previsto no Decreto-Lei nº 2.397/87, art. 1º, deve ser enquadrada como contribuinte do imposto de renda das pessoas jurídicas e, conforme definição dada pela LC nº 70, de 1991, art. 1º, está sujeita à contribuição para o programa de Financiamento da Seguridade Social.

Por sua vez, a decadência referente na data de protocolo deste pedido, o direito de a interessada repetir os valores decorrentes de recolhimentos efetuados para esse período de competência (maio/1994 a março/1997) já havia decaído.

E para o período de competência de abril de 1997 a janeiro de 2004, a isenção prevista na LC nº 70, de 1991, art. 6º, 11, foi revogada por meio da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, editada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, que assim dispõe quanto àquelas sociedades e a sujeição delas à COFINS, conforme:

"Art. 55. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada de que trata o art 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987 passam, em relação aos resultados auferidos a partir de 1º de janeiro de 1997, a ser tributadas pelo imposto de renda de conformidade com as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

"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.

Art. 88. Revogam-se:



(...);

XIV - Os arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987.

Entende-se então que, a partir de 1º de abril de 1997, as sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada estão sujeitas à Cofins, nos termos da legislação tributária referente a essa contribuição. Independentemente do regime tributário adotado.

Diante destas considerações, conclui-se que:

a) os valores apurados a título de Cofins e recolhidos mensalmente pela interessada, nos termos da legislação tributária então vigente, sobre os fatos geradores ocorridos nos meses de competência de abril de 1997 a janeiro de 2004, não constituem indébitos tributários, conforme seu entendimento.

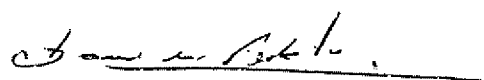
b) quanto à suscitada inconstitucionalidade da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, sob a alegação de violação ao princípio constitucional de hierarquia das leis (CF/1988, art. 146, II, "b"), a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência e a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, "a" e III, "b", art. 103, § 2º; e Emenda Constitucional nº 3, de 18/03/1993; CPC, arts. 480 a 482; RISTJ, arts. 199 e 200).

c) a mais abalizada doutrina escreve que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de uma presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

d) vale dizer que, inovado o sistema jurídico com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por resolução do Senado Federal da República, publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

e) como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram, a norma inquinada de inconstitucional pela impugnante continua válida. Não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-la e nem declarar sua inconstitucionalidade, com arrimo na Súmula nº 02 do CARF.

Sob este figurino e considerando irretocável todo o entendimento da DRJ, nego provimento ao recurso.



Daniel Maurício Fedato