



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA TURMA ESPECIAL

Processo nº 13884.003654/2002-17
Recurso nº 146.563 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO COFINS
Acórdão nº 293-00.171
Sessão de 10 de fevereiro de 2009
Recorrente SALONI & ASSOCIADOS S/C LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

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

Período de apuração: 01/08/1992 a 30/11/1996

Ementa:PRESCRIÇÃO. ART. 165, I E 168, I, AMBOS DO CTN. ISENÇÃO DA COFINS. ART. 6º, II, DA LC Nº 70/91.

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais estavam isentas da COFINS até 31 de março de 1997, nos termos do art. 6º, inciso II, da LC nº 70, de 1991, quando passou a vigor a Lei nº 9.430/96, onde em seu art. 56 revogou a referida isenção.

Não houve qualquer restrição à isenção, no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, em virtude da forma de tributação do Imposto de Renda, bem como, com relação aos sócios. Exige-se os serviços prestados pela sociedade sejam relativos ao exercício da profissão legalmente regulamentada.

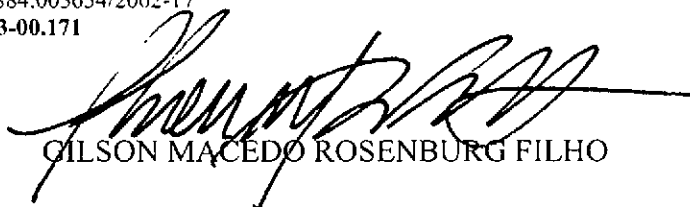
O Segundo Conselho de Contribuintes pacificou o entendimento de que as instâncias administrativas não possuem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei (Súmula nº. 2/2007).

O pleito de restituição/compensação de valores recolhidos a maior ou indevidamente extingue-se em cinco anos, contados a partir do pagamento do tributo, conforme previsão dos arts. 165, I e 168, I, ambos do CTN.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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



GILSON MACEDO ROSENBERG FILHO

Presidente



ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Alexandre Kern e Luís Guilherme Queiroz Vivacqua.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 555/581) e documentos anexados às fls. 582/621 interposto pelo contribuinte acima identificado, em 18/07/2007, contra acórdão nº 05-17.533 – 3ª Turma da DRJ em Campinas, que indeferiu o pedido de restituição bem como não homologou as compensações efetuadas pela recorrente, nos termos da ementa do acórdão (fls. 543).

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

Período de apuração: 01/08/1992 a 30/11/1996

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 sujeitos à homologação ou declaração de inconstitucionalidade.

SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. SÓCIO SEM HABILITAÇÃO LEGAL.

Sociedade na qual algum dos sócios não pode exercer a profissão regulamentada, por falta de habilitação legal, não se enquadra na forma de tributação específica para as contribuintes que prestam serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada.

COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. REGIME TRIBUTÁRIO.

Somente as sociedades civis de prestação de serviços profissionais de profissão regulamentada que adotassem o regime tributário



estabelecido pelo Decreto-Lei nº 2.397, de 1987, faziam jus à isenção da Cofins prevista no art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70, de 1991.

PAGAMENTO INDEVIDO. ISENÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Revogada a norma que concedia isenção, não se configura o pagamento indevido e, conseqüentemente, não existe crédito passível de restituição/compensação.

Rest/Ress. Indeferido – Comp. não homologada.

Em 09/10/2002, a recorrente apresentou pedido de restituição dos valores recolhidos indevidamente de COFINS em setembro de 1992 e dezembro de 1996, fundamentando o seu pedido na alegação de que a pessoa jurídica, na condição de sociedade civil de profissão regulamentada, estaria isenta do recolhimento daquela contribuição, no valor de R\$ 64.126,96, e compensação de tais valores com débitos apurados nos anos de 2002 a 2004, conforme fls. 01/20 e planilha de fls. 47/55.

Em 18/10/2005 (fls. 137) a autoridade local indeferiu o pedido de restituição, bem como não homologou as compensações efetuadas pela ora Recorrente.

A DRJ indeferiu a solicitação, nos termos da Ementa já transcrita.

Inconformada com a decisão, a recorrente interpôs recurso voluntário ao 2º Conselho de Contribuintes, aduzindo, em suma: ser isenta da COFINS, nos termos da LC nº 70/91, art. 6º, II, sendo inconstitucional a revogação pela Lei nº 9.430/96, art. 56, por força do princípio da hierarquia das leis; que o prazo para pleitear a restituição de pagamento indevido ou a maior, finda-se transcrito o lapso de 10 (dez) anos a partir do pagamento indevido (tese dos cinco mais cinco).

É o relatório.

Voto

Conselheira ANDREIA DANTAS LACERDA MONETA, Relatora

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

De plano, a prerrogativa para declaração de inconstitucionalidade é apenas do Poder Judiciário, cabendo à autoridade administrativa aplicá-la ao caso, devendo essa vinculação do agente administrativo prevalecer até que a norma em discussão já tiver sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifique-se, ainda, o art. 49, do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes, onde veda seja afastada a aplicação de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, que não tenha sido anteriormente reconhecida, na forma e pelas autoridades dispostas em seu parágrafo único.

No âmbito desse Segundo Conselho, outro não é o entendimento, inclusive sendo objeto da súmula nº 2/2007 que dispõe não ser este competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

No sentido dessa limitação de competência, verifica-se em inúmeros acórdãos do Segundo Conselho de Contribuintes, entre estes, cite-se o de nº. 203-12.704, de 13/02/2008:

*ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE, MATÉRIA DE
COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUDICIÁRIO.*

O Segundo Conselho não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária (Súmula nº 2/2007)

No presente caso, verifica-se que a interpretação do direito ora controvertido já foi definitivamente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal – STF, conforme farta e mansa jurisprudência acerca do tema:

AI-AgR 602765 / RS

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 11/11/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, é constitucionalmente válida, porquanto a Lei 9.430/96 veiculou matéria constitucionalmente reservada à legislação ordinária. Precedentes.

II - Ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, consoante orientação fixada desde o julgamento da ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. III - Agravo regimental desprovido.

AI-AgR 618255 / RS

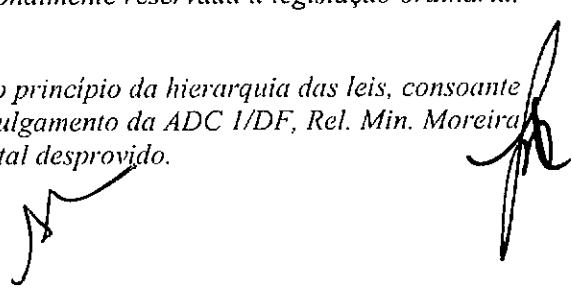
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 11/11/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COFINS. ISENÇÃO. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A revogação, por lei ordinária, da isenção da COFINS concedida pela LC 70/91 às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, é constitucionalmente válida, porquanto a Lei 9.430/96 veiculou matéria constitucionalmente reservada à legislação ordinária. Precedentes.

II - Ausência de violação ao princípio da hierarquia das leis, consoante orientação fixada desde o julgamento da ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves. III - Agravo regimental desprovido.



Não se nega que o STJ, há certo tempo atrás, editou a Súmula nº. 276, cujo teor: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime de tributação adotado”. Mas, posteriormente, examinando a questão em face das recentes decisões da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça terminou por revogar a referida súmula, conforme se verifica no Informativo/STJ nº 0376:

Informativo nº 0376

Período: 10 a 14 de novembro de 2008

CANCELAMENTO. SÚM. N. 276-STJ.

A Seção adotou o entendimento de que a revogação, por lei ordinária, da isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 não afronta o princípio da hierarquia das leis. A referida LC, apesar de seu caráter formalmente complementar, tratou de matéria não submetida à reserva constitucional de lei complementar, a permitir, daí, que mudanças no texto daquele diploma legal pudessem ser introduzidas por meio de simples leis ordinárias. Assim, a Seção julgou procedente a ação rescisória e, em questão de ordem, anulou o enunciado n. 276 da Súmula deste Superior Tribunal: as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado. AR 3.761-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgada em 12/11/2008.

O entendimento esposado por esse Conselho de Contribuintes não diverge dos entendimentos acima elucidados, conforme pode se constatar nos recentes julgados abaixo:

Processo nº 13819.003686/2002-98

Recurso nº 135.328

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL – COFINS

Período de apuração: 01/07/1999 a 30/06/2002

COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADE CIVIL DE PROFISSÃO REGULAMENTADA. RECOLHIMENTO INDEVIDO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. SÚMULA Nº 276 DO STJ. PRECEDENTES DA CSRF.

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais estavam isentas de Cofins até 31 de março de 1997, nos termos do art. 6º, II, da LC nº 70, de 1991. Irrelevante o regime tributário de Imposto de Renda adotado pela pessoa jurídica.

Recurso voluntário negado.

Processo nº 10860.004875/2003-65

Recurso nº 151.824

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL.

Período de apuração: 01/01/1994 a 31/07/2003

COFINS. ISENÇÃO.

Ainda que dirigidas às sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, 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.

Recurso voluntário negado.

Aduz, ainda, a recorrente, ser irrelevante o tipo de tributação optado pela sociedade, bem como a desnecessidade de que todos os sócios sejam habilitados para o exercício da profissão regulamentada.

A questão gira em torno de: a sociedade civil que opte ser tributada pelo Imposto de Renda com base no lucro presumido faz jus à isenção prevista na LC nº 70/91, art. 6º, II? A contribuinte entende que sim, que a isenção independe da forma de tributação do Imposto de Renda. A Autoridade Administrativa entende que não.

Penso assistir razão ao contribuinte nesse ponto.

De fato, as exigências legais para que a pessoa jurídica faça jus à isenção prevista no artigo 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91 decorrem da interpretação do art. 1º, do Decreto 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;

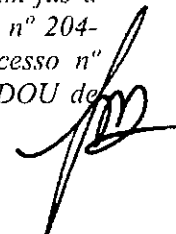
(b) que seja registrada no Registro Civil das Pessoas Jurídicas;

(c) que seja constituída, exclusivamente, por pessoas físicas domiciliadas no Brasil.

Não houve qualquer restrição à isenção, no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, em virtude da forma de tributação do Imposto de Renda, bem como, com relação aos sócios, exige-se os serviços prestados pela sociedade sejam relativos ao exercício da profissão legalmente regulamentada.

A jurisprudência administrativa é indiscrepante no sentido de que a isenção da COFINS excogitada perdurou até 31 de março de 1997, como se pode aferir das seguintes e elucidativas ementas:

“NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL. ISENÇÃO. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País e registradas no registro Civil das Pessoas jurídicas, até 31 de março de 1997, independentemente do regime de tributação do imposto de renda a que estavam sujeitas, faziam jus à isenção da Cofins. Recurso provido em parte.” (cf. Acórdão nº 204-01.429 da 4ª Câmara do 2º CC, Recurso nº 131.639, Processo nº 13884.003594/2001-43, em sessão de 28/06/2006, publ. No DOU de 16/03/2007)”



“COFINS. SOCIEDADE CIVIL. ISENÇÃO. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País e registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, até 31 de março de 1997, independentemente do regime de tributação do Imposto de Renda a que estavam sujeitas, faziam jus à isenção da COFINS. Recurso provido.” (cf. Acórdão n° 202-13.682 da 2ª Câmara do 2º CC, Recurso n° 117.497, Processo n° 10930.000335/00-18, em sessão de 20/03/2002)

“COFINS – SOCIEDADE CIVIL – ISENÇÃO – 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, até 31 de março de 1997, faziam jus à isenção da COFINS (art. 6º da Lei Complementar n° 70/91). Recurso provido.” (cf. Acórdão n° 203-09.556 da 3ª Câmara do 2º CC, Recurso n° 122.719, Processo n° 10680.003834/2001-16, em sessão de 12/05/2004)

Desta feita, conclui-se que a isenção concedida pelo art. 6º, inciso II, da LC nº 70/91 vigorou até 31/03/1997, quando ingressou no mundo jurídico a norma inserta no art. 56, da Lei nº. 9.430/96, sendo irrelevante, para beneficiamento da referida isenção, a forma de tributação do imposto de renda optado pela contribuinte, bem como a necessidade de que todos os sócios sejam habilitados para o exercício da profissão.

Reconhecido o direito à isenção da COFINS nos termos até aqui delineados, passar-se-á, doravante, a analisar a questão da prescrição do direito de repetição/compensação do indébito.

O direito e prazo para pleitear restituição de indébito estão disciplinados nos arts. 165 e 168 do CTN, que assim dispõem:

“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:

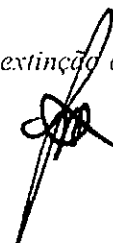
I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

(...)

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 art.165, da data da extinção do crédito tributário;

(...)



Aplica-se, portanto, o prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do *caput* do art. 168 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 3º da Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005.

No lançamento por homologação a extinção do crédito tributário ocorre com o pagamento do tributo e se confirma com a homologação ocorrida cinco anos depois, o que é ratificado pelo art. 3º da Lei Complementar nº. 118/2005.

A posição adotada pelo STJ, tese dos 5 + 5, além de não se alinhar ao conceito de *actio nata* e aos princípios que regem a prescrição, teve sua aplicação prejudicada em face das disposições dos art. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05, que assim dispõe:

"Art. 3º Para efeitos 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."

"Art. 4º Esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após a sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional."

O art. 3º da LC 118/05 trata-se de disposição expressamente interpretativa. Para evitar qualquer dúvida existente, a LC nº 118/05, em seu art. 4º, textualmente afirma que, quanto a regra do art. 3º, deve ser observado o art. 106, I, do CTN, que determina justamente a aplicação retroativa das leis expressamente interpretativas.

No tocante à sua aplicação, o Superior Tribunal de Justiça adotou, equivocadamente, o entendimento de que a disposição somente teria aplicação em relação aos pedidos de restituição apresentados após sua publicação, como ocorreu no REsp nº 791.370-MT, de 24 de outubro de 2008.

Ressalte-se que o STJ não é órgão competente para exercer o controle abstrato de constitucionalidade. No tocante a Lei Complementar nº 118, de 2005, é importante esclarecer que o STF, em tese, poderá eventualmente declarar a sua constitucionalidade. É que se o STF considerar que a interpretação do STJ contraria o CTN (tese dos 5 + 5), as disposições consideradas inconstitucionais pelo STJ seriam meramente interpretativas.

Assim sendo, enquanto não houver apreciação da matéria pelo plenário do STF, o art. 4º da LC 118/05, não foi retirado do mundo jurídico, não tendo como ser afastado do julgamento administrativo em questão, em aplicação ao que dispõe o art. 49 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Além disso, o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/05 apenas confirma um entendimento já consolidado na Administração Tributária, como se depreende do item I do Ato Declaratório SRF nº 96, de 26/11/1999, publicado no Diário Oficial da União de 30/11/1999, que assim dispõe:

"I – o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição de tributo ou contribuição pago indevidamente ou em valor maior que o devido, inclusive na

hipótese de o pagamento ter sido efetuado com base em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória ou em recurso extraordinário, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário – arts. 165, I e 168, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional)."

No presente caso, o pedido de restituição refere-se aos recolhimentos da COFINS efetuados no período de 01/08/1992 a 30/11/1996 e foi procedido no dia 09/10/2002.

Assim, como todos os recolhimentos indevidos que embasam o pedido de restituição em referência são anteriores ao prazo prescricional de cinco anos, não há que se falar em direito creditório passível de compensação.

Diante do exposto, em razão do reconhecimento da prescrição do direito, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de fevereiro de 2009

Andréia Dantas Lacerda Moneta
ANDRÉIA DANTAS LACERDA MONETA