



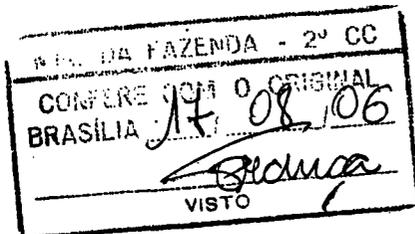
Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189



Recorrente : ITAPEMA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS S/C LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP



COFINS. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA BRUTA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DAS SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS LEGALMENTE REGULAMENTADOS. O artigo 56 da Lei nº 9.430/96 determinou que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passassem a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta de prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70/91. Esta norma encontra-se em plena vigência e dotada de toda eficácia

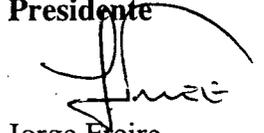
Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por ITAPEMA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS S/C LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **pelo voto de qualidade, em negar provimento ao recurso.** Vencidos os Conselheiros Flávio de Sá Munhoz, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Leonardo Siade Manzan e Adriene Maria de Miranda (Relatora). Designado o Conselheiro Jorge Freire para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2006.

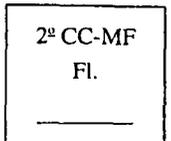
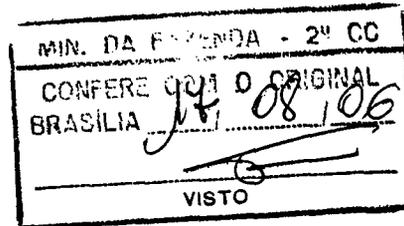

Henrique Pinheiro Torres
Presidente


Jorge Freire
Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Nayra Bastos Manatta e Júlio César Alves Ramos.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

Recorrente : ITAPEMA LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS S/C LTDA.

RELATÓRIO

Em 26/03/2002, formulou pedido de restituição/compensação de valores pagos a título de Cofins no período de dezembro de 1996 a dezembro de 1999, bem como de julho de 2000 a janeiro de 2002. Argumenta que os pagamentos foram feitos indevidamente porquanto é isenta da contribuição a teor do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91.

O pedido foi indeferido conforme decisão de fls. 80/99.

Tempestivamente, a contribuinte apresentou manifestação de inconformidade, na qual alega, em síntese, que: (i) o processo está devidamente instruído; (ii) o prazo para pleitear a repetição de indébito é de 5 anos a partir da homologação do lançamento, o que resulta num prazo total de 10 anos; (iii) estão isentas da Cofins as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87, conforme previsto no art. 6º, II da Lei Complementar nº 70/91; e (iv) a superioridade hierárquica da lei complementar impede que a isenção seja revogada por via ordinária, Lei nº 9.430/96.

A DRJ em São Paulo – SP manteve o indeferimento do pedido em acórdão assim ementado:

Ementa: COFINS - RESTITUIÇÃO. O direito de pleitear restituição de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente extingui-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário. Observância também da Lei Complementar no 118.

DECRETO-LEI 2.397/87. Pelo Decreto-lei 2.397/87, a sociedade civil de profissão regulamentada não tinha seus resultados tributados na pessoa jurídica (em vez disto, os resultados eram tributados nas pessoas físicas dos sócios). A Lei Complementar 70/91 acabou, por livre escolha do legislador que redigiu o referido diploma, absorvendo, por meio de seu art. 6º, inciso II, a estruturação do Imposto de Renda criada pelo Decreto-lei 2.397/87.

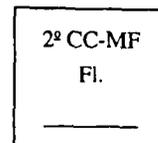
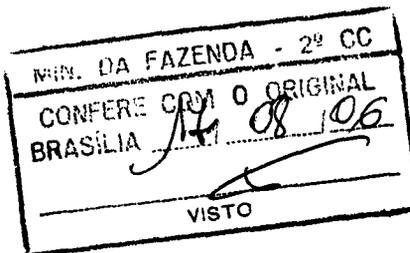
LEI 9.430. A isenção conferida às sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, conforme estabelecida no art. 6º, I I, da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91, desapareceu em face do artigo 88, inciso XIV, da lei nº 9.430/96 pois, ao revogar os artigos 1º e 2º do Decreto-lei 2.397/87, o mencionado dispositivo da predita lei 9.430/96 suprimiu o elemento normativo (base legal) sobre o qual estava assentada a regra isentiva. O artigo 56 da Lei nº 9.430/96 apenas corroborou, no âmbito normativo, o efeito gerado pela deterioração da regra de isenção. (fls. 134/135)

Inconformada, a contribuinte interpôs o recurso voluntário de fls. 148/176, no qual reitera suas razões quanto a estar isenta da Cofins, conforme previsto no art. 6º, II da Lei Complementar nº 70/91, isenção essa que não foi revogada pela Lei nº 9.430/96. Sustenta, também, que o prazo prescricional é decenal, não sendo aplicável a Lei Complementar nº 118/05, e que os créditos a serem restituídos devem ser corrigidos monetariamente pela Selic.

É o relatório.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

VOTO VENCIDO DA CONSELHEIRA-RELATORA
ADRIENE MARIA DE MIRANDA

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Por primeiro, examino a questão referente ao prazo prescricional para se pleitear a restituição dos valores supostamente recolhidos indevidamente a título de Cofins até março de 1997.

Entendo que a razão assiste à recorrente.

Como exposto, a questão em debate refere-se ao prazo prescricional para o contribuinte pedir a restituição de tributo pago a maior. Afirma a Fiscalização que esse prazo é de cinco anos contados do pagamento do tributo. O contribuinte, por sua vez, insiste que o referido prazo, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, inicia-se com a homologação tácita, isto é, após decorridos cinco anos do fato gerador.

Prevê o art. 165 do CTN que o contribuinte tem o direito de pleitear a restituição total ou parcial do tributo, cujo pagamento foi indevido ou feito a maior. Tal direito, por força do art. 168, extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário. Esse é o teor dos referidos dispositivos legais:

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 art. 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; (negritamos)

Mas quando ocorre a extinção do crédito tributário?

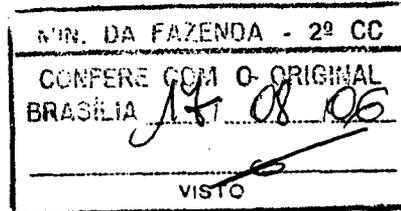
O Código Tributário Nacional prevê que para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, como é o IPI, expirado o prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, sem que a Fazenda Pública tenha se pronunciado acerca do crédito, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito. É que o claramente está previsto no art. 150, § 4º do CTN:

Art. 150. 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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. (negritamos)

Isto é, ocorrido o fato gerador do tributo, a Fazenda Pública tem o dever de dentro



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

dos 5 (cinco) anos seguintes proceder à constituição do crédito tributário (art. 142 do CTN), consubstanciada no seu lançamento. Não o fazendo, considera-se definitivamente extinto o crédito tributário.

Tanto é assim, que o art. 156 elenca entre as hipóteses de extinção do crédito, em seu inciso VII, "a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150, e seus § § 1º e 4º".

O que se verifica, portanto, é que o prazo para o contribuinte pedir a restituição inicia-se no momento do decurso do prazo de 5 (cinco) anos previsto no art. 150, § 4º do CTN. Daí a razão pela qual a jurisprudência afirma que o direito do contribuinte pleitear a restituição do tributo extingue-se após 10 (dez) anos – 5 + 5 – contados a partir da ocorrência do fato gerador, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RESTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. SÚMULA N. 284/STF. PRESCRIÇÃO.

1. É firme o entendimento desta Corte de que as razões de recurso devem trazer, além dos motivos para a reforma do julgado, a demonstração inequívoca do modo pelo qual o acórdão teria violado os dispositivos apontados. Súmula 284/STF.

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

3. Recurso especial não-provido. (RESP 741.272/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 22/03/2006, negritamos)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR 118, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA.

1. A simples indicação do dispositivo tido por violado, sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência dos verbetes das Súmula 282 e 356 do STF.

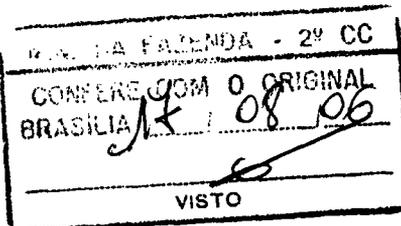
2. A Primeira Seção re consolidou a jurisprudência desta Corte acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo a quo do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, desde que ajuizadas até 09 de junho de 2005 (EREsp n.º 327.043/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/04/2005).

3. Deveras, naquela ocasião restou assente que:

"... a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada 'surpresa fiscal'. Na lúcida percepção dos doutrinadores, 'em todas essas normas, a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.' (Humberto Ávila in Sistema Constitucional Tributário, 2004, pág. 295 a 300)". (Voto-vista proferido por este relator nos autos dos EREsp n.º

327.043/DF)

4. Conseqüentemente, o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, nas demandas ajuizadas até 09 de junho de 2005, começa a fluir decorridos 05 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo.

5. A jurisprudência do STJ firmou-se pela inclusão dos expurgos inflacionários na repetição de indébito, utilizando-se: a) o IPC, no período de janeiro/89 a janeiro/91; b) o INPC de fevereiro/91 a dezembro/1991; e c) a partir de janeiro/1992, a aplicação da UFIR, nos moldes estabelecidos pela Lei nº 8.383/91. O índice de janeiro/89 é de 42,72% (REsp 43.055/SP, DJ de 18/12/95).

6. Os valores recolhidos indevidamente devem sofrer a incidência de juros de mora até a aplicação da TAXA SELIC, ou seja, os juros de mora deverão ser aplicados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, com incidência a partir do trânsito em julgado da decisão. Todavia, os juros pela taxa Selic devem incidir somente a partir de 1º/01/96. Decisão que ainda não transitou em julgado implica a incidência, apenas, da taxa SELIC.

7. Configurada a ocorrência de sucumbência mínima, impõe-se a aplicação do disposto no parágrafo único, do art. 21, do CPC, in verbis: "Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários."

8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RESP 724.751/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 13/03/2006, negritamos)

Destarte, a razão encontra-se com a recorrente, devendo o seu recurso ser provido. No caso, posto que o pedido foi formulado em 26/03/2002, observando-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, não há que se falar em prescrição.

Ultrapassada a preliminar, passo ao exame do mérito.

Estabelece o art. 6º, II da Lei Complementar nº 70/91, que instituiu a Cofins:

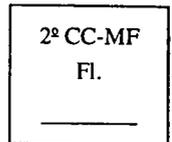
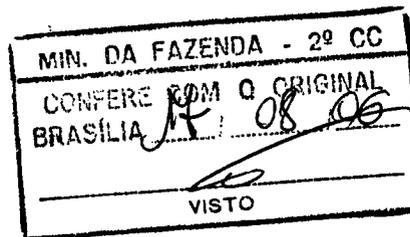
Art.6º: São isentas da contribuição:

.....
II – as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1.987."

Já o referido art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397/87 dispunha:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

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 período-base, pelas 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.

A conjugação do disposto no art. 6º, II da Lei Complementar nº 70/91 com o art. 1º do Decreto Lei nº nº 2.397/87 revela que são isentas da Cofins todas as sociedades civis de prestação de serviços profissionais regulamentados.

Nada obstante, o art. 56 da Lei nº 9.430/96 dispôs que:

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 70/91.

Parágrafo único – Para efeito de incidência da contribuição de que trata este artigo, serão consideradas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997.

Portanto, o legislador ordinário pretendeu ampliar o campo de incidência da Cofins, para alcançar inclusive as sociedades civis prestadoras de serviços legalmente regulamentados, isentas da contribuição por força de lei complementar.

Contudo, ao assim proceder, a Lei nº 9.430/96 violou a Constituição Federal e a própria Lei Complementar nº 70/91, que lhe é hierarquicamente superior.

De fato, o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal outorga competência exclusiva à lei complementar para:

*III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.*

Fazendo uso dessa prerrogativa, a Lei Complementar nº 70/91 disciplinou todos os aspectos (material, pessoal, espacial, temporal e quantitativo) da obrigação tributária relativa à Cofins, delimitando o âmbito de incidência possível da contribuição, do qual excluiu expressamente o faturamento mensal auferido pelas sociedades civis, certamente para assegurar tratamento isonômico e condições concorrenciais semelhantes entre os profissionais autônomos (pessoas físicas, não sujeitas à Cofins) e as sociedades civis (pessoas jurídicas que, em tese, estariam sujeitas à contribuição) que prestam serviços legalmente regulamentados.

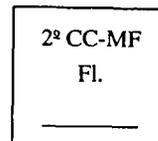
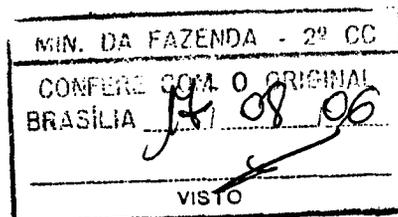
Por conseguinte, não poderia a Lei (ordinária) nº 9.430/96 afastar-se da diretriz geral traçada pela lei complementar, para determinar o lançamento e exigência de crédito tributário em face de sociedades cuja atividade não gera faturamento passível de deflagrar a obrigação tributária tendo por objeto o pagamento da Cofins, sob pena de invasão da competência reservada à Lei Complementar, que já havia disciplinado exaustivamente a matéria, na forma do art. 146, III, “b”, da Constituição Federal.

De outro lado, a matéria objeto de lei complementar somente poderia ser modificada por outra lei de natureza complementar, jamais por lei ordinária.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189



Com efeito, o art. 59 da Constituição Federal trata do processo legislativo, distinguindo as diversas fontes introdutoras do direito federal, dentre as quais as leis complementares e ordinárias, que se distinguem pela matéria passível de regulação e pelo rito previsto para sua aprovação, mais complexo em se tratando de lei complementar, que exige maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, diversamente da lei ordinária, aprovada por maioria simples (art. 61 da Constituição Federal).

Por essas razões, nossa melhor doutrina ensina que “quando a matéria é objeto de lei complementar só pode ser disciplinada por esse tipo de lei, razão pela qual a lei complementar não pode ser modificada por lei ordinária.”¹. Afinal, “não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de Direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma.”².

Aplicando-se essas premissas ao direito tributário, pode-se concluir que “no momento em que um tributo foi instituído por lei complementar, apenas por lei complementar poderá ser ele alterado e jamais por lei ordinária, risco de se ter a mais rigorosa confusão de forma, com quebra do princípio da hierarquia das leis, inclusive, possibilitando a alteração de textos constitucionais sobre matérias que não tenham conteúdo constitucional, por leis de hierarquia inferior.”³.

Forte nessas razões, a jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público do C. Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da ilegalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96, por violação ao art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, como se verifica, exemplificativamente, dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. “TRIBUTÁRIO - COFINS - SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS - ISENÇÃO - REVOGAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 70/91 - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS - LEI 9.430/96 - PRECEDENTES.

1 - A Lei Complementar nº 70/91, em seu art. 6º, inciso II, isentou da COFINS as sociedades civis de prestação de serviços de que tratou o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 22 de dezembro de 1987.

2 - A isenção concedida pela Lei Complementar nº 70/91 não pode ser revogada pela Lei nº 9.430/96, lei ordinária, em obediência ao princípio da hierarquia das leis.

3 - Recurso especial conhecido e provido.” (RESP 415315, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11.05.2004, negritamos)

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇOS MÉDICOS. COFINS. ISENÇÃO. SÚMULA 276/STJ.

1. A discussão que prepondera no acórdão é de natureza infraconstitucional, não tendo sido aplicado nenhum dispositivo constitucional para imprimir solução ao litígio. A hipótese dos autos refere-se à isenção tributária conferida por lei complementar (LC 70/91) e, supostamente, revogada por lei ordinária (lei nº 9.430/96).

¹ Pinto Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 11ª ed., pág. 339.

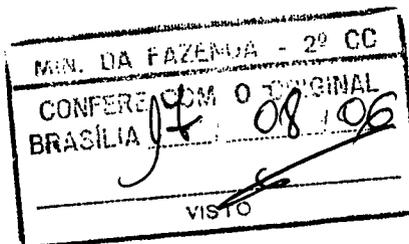
² Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. Ed. Saraiva, 4ª ed., pág. 243.

³ Silva Martins, Ives Gandra. Lei nº 9.718/98 e Base de Cálculo da COFINS sobre Receita Bruta - Inconstitucionalidade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189



2º CC-MF
Fl. _____

2. *Aplicação ao caso em tela do verbete da Súmula 276 deste Tribunal: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado".*

3. *Agravo regimental provido para dar provimento, desde logo, ao recurso especial, isentando a sociedade recorrente do pagamento da COFINS. (AGRESP 572082, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 27/04/2004, negritamos)*

Tão firme é o posicionamento do Eg. Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, que foi editada a Súmula nº 276 tratando da matéria que assim prescreve: "As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado".

Nem se diga que o fato de o Col. Supremo Tribunal Federal ter decidido, quando do julgamento da ADC nº 01, que a Lei Complementar nº 70/91 é materialmente ordinária, uma vez que a Cofins tem sua sede constitucional no art. 195, I, 'b', o qual não exige lei complementar para sua disciplina, teria influência no presente caso.

É cediço que, em qualquer decisão judicial, o que faz coisa julgada não é a fundamentação, mas sim o dispositivo, ocorrendo o mesmo com a ação declaratória de constitucionalidade cujo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* alcançam apenas o objeto da declaração de constitucionalidade.

Ora, no presente caso, o que se está a discutir é a isenção concedida pelo art. 6º, II da referida Lei Complementar nº 70/91 às sociedades civis. Contudo, foi objeto de declaração de constitucionalidade pela ADC nº 01 apenas os arts. 1º, 2º, 9º, 10 e 13 da Lei Complementar nº 70/91, conforme se pode verificar pela sua ementa:

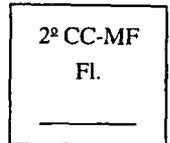
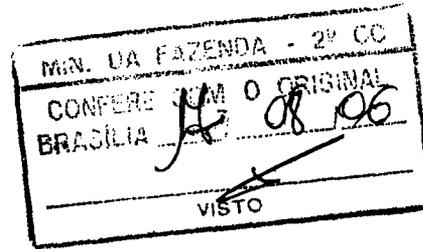
ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1, 2, 9 (EM PARTE), 10 E 13 (EM PARTE) DA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30.12.91. COFINS.

- *A delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.*
- *Improcedência das alegações de inconstitucionalidade da contribuição social instituída pela Lei Complementar n. 70/91 (Cofins).*
- *Ação que se conhece em parte, e nela se julga procedente, para declarar-se, com os efeitos previstos no parágrafo 2, do artigo 102 da Constituição Federal, na redação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, a constitucionalidade dos artigos 1, 2 e 10, bem como das expressões "a contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei não extingue as atuais fontes de custeio da seguridade social" contidas no artigo 9, e das expressões "esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte nos noventa dias posteriores, aquela publicação,..." constantes do artigo 13, todos da lei complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. (ADC 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ: 16.06.1995, destacamos)*

AM
8



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

Dessa feita, uma vez que o art. 6º da Lei Complementar nº 70/91 não foi matéria tratada pela ADC nº 01, não se pode admitir a sua interferência na presente demanda, consoante já se manifestou o Eg. STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COFINS. ISENÇÃO. SOCIEDADES CIVIS PRESTADORAS DE SERVIÇO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL PACIFICADA NO ÂMBITO DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE APRECIADA PELO STF, EM QUE SE DECLAROU A CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DA LC N. 70/91. AUSÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE EM RELAÇÃO À APLICABILIDADE DE SUA FUNDAMENTAÇÃO EM OUTRAS HIPÓTESES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE.

Deve prevalecer o entendimento, segundo o qual, a análise da aplicação de uma lei federal não é incompatível com o exame de questões constitucionais subjacentes ou adjacentes. A competência somente seria deslocada para a Máxima Corte se a v. decisão recorrida tivesse julgado o feito única e exclusivamente sob o prisma constitucional, o que se não deu, no caso ora em exame.

É cediço que, em qualquer decisão judicial, o que faz coisa julgada não é a fundamentação, mas sim o dispositivo. O mesmo ocorre com a Ação Direta de Constitucionalidade, cujo efeito vinculante e eficácia erga omnes alcançam apenas a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pela Corte Máxima.

In casu, se o que se está a discutir é a isenção concedida pelo artigo 6º da Lei Complementar n. 70/91 às sociedades civis, e não a matéria objeto da ADC (os artigos 1º, 2º, 10 e 13 da LC 70/91), não se pode admitir sua interferência na presente demanda.

Na verdade, pretende a embargante a reapreciação do agravo regimental, o que é inviável no presente momento processual.

Embargos de declaração rejeitados. (ED no AgRg no AG 375.021/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ: 20.09.2004, negritamos)

Destarte, resta claro e evidente que a isenção concedida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91 permanece em pleno vigor, por não ter sido revogada/modificada por qualquer lei de natureza complementar, mas apenas por lei ordinária, que não possui competência para dispor sobre a matéria.

Assim, faz jus a recorrente à restituição pleiteada, isto é, dos valores recolhidos a título Cofins, vez que isenta de tal pagamento.

Por fim, quanto à correção monetária, também merece ser provido o recurso voluntário, na medida em que a Lei nº 9.250/96 expressamente prevê a utilização da Taxa Selic para fins de atualização monetária dos créditos a serem restituídos, *in verbis*:

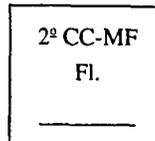
Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

[Assinatura] 9



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189



(...)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (negritamos)

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso voluntário para afastar a prescrição, reconhecer o direito da recorrente à restituição dos valores recolhidos indevidamente a título de Cofins, com correção monetária pela Taxa Selic.

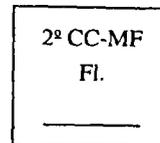
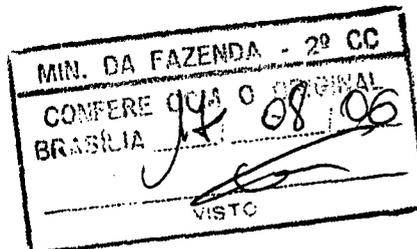
É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2006.


ADRIENE MARIA DE MIRANDA



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGNADO
JORGE FREIRE

Com a devida *vênia*, divirjo da nobre relatora, na preliminar e no mérito, mas, para fim de solução do caso concreto, fico na questão de fundo.

Minha posição vai de encontro aquela da Dra. Adriene Maria de Miranda, conforme já expus no Acórdão nº 202-15.569, julgado em 11/05/2004, que relatei.

Como é cediço e amplamente majoritária neste Conselho a tese de que falece competência a órgão julgadores administrativos de adentrarem no mérito da constitucionalidade de norma válida, vigente e eficaz⁴, o recurso não pode ser conhecido quanto à alegada inconstitucionalidade do art. 56 da Lei nº 9.430/96, norma esta que não teve declarada sua inconstitucionalidade.

O teor do citado artigo 56 da Lei nº 9.430/96 é o seguinte:

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 n.º 70/91, 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.

Contudo, podemos dizer que temos uma jurisprudência bem consolidada pelo STJ, tendo sido objeto da Súmula 276⁵, cujo enunciado foi vazado nos seguintes termos:

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado"

E, recentemente⁶, a matéria, inclusive, foi objeto de análise pelos membros da Primeira Seção do STJ, cuja ementa do julgado restou assim redigida:

AGRAVO REGIMENTAL TRIBUTÁRIO. COFINS. SOCIEDADE CIVIL. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. ISENÇÃO. LC 70/91.

1. A isenção tributária concedida por Lei Complementar só pode ser revogada por lei de igual natureza e não por lei ordinária.

2. Agravo regimental improvido.

Dessa forma, temos que o STJ, adentrando na análise da constitucionalidade do art 56 da Lei nº 9.430/96, e concluindo pela sua inconstitucionalidade formal ao asseverar que só lei complementar poderia revogar a isenção vazada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91, entende que tal desoneração continua vigendo.

Nada obstante, esse entendimento do Egrégio STJ vai de encontro com o posicionamento adotado pelo STF, que no julgamento da ADC 01-DF, na qual enfrentou-se

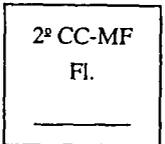
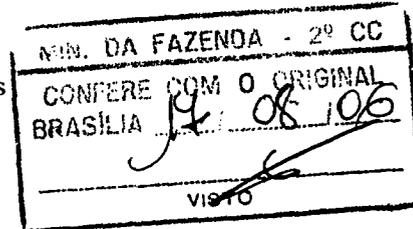
⁴ E sobre essa questão alonguei-me no julgamento do Acórdão 201-72.361, de 09/12/1998, que restou assim ementado nesse tópico: "Refoje competência a órgãos administrativos para apreciarem incidentes de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos infralegais. Competência exclusiva do Poder Judiciário."

⁵ De 14/05/2003, DJ 02/06/2003.

⁶ Agravo Regimental no RESP 382.736, j. 08/10/2003, DJ 25/02/2004, relator para o Acórdão Ministro Peçanha Martins.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189

alguns aspectos acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, ficou bem assentado nos fundamentos dos votos, que a Lei Complementar nº 70/91 é, materialmente, uma lei ordinária, embora essa questão não tenha sido expressa na parte dispositiva do Acórdão.

O Ministro Moreira Alves, relator daquele paradigmático julgado, a certa altura de seu voto, asseverou:

Sucedo, porém, que a contribuição social em causa, incidente sobre o faturamento dos empregadores, é admitida expressamente pelo inciso I do artigo 195 da Carta Magna, não se podendo pretender, portanto, que a Lei Complementar 70/91 tenha criado outra fonte de renda destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social.

Por isso mesmo, essa contribuição poderia ser instituída por lei ordinária. A circunstância de ter sido instituída por lei formalmente complementar – a Lei Complementar nº 70/91 – não lhe dá, evidentemente, a natureza de contribuição social nova, a que se aplicaria o disposto no § 4º do art. 195 da Constituição, porquanto essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída – que são objeto desta ação –, é materialmente ordinária, por não tratar, nesse particular, de matéria reservada, por texto expreso da Constituição, à lei complementar. A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou esse sistema –, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige esta modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária.

O Ministros Ilmar Galvão e Carlos Velloso explicitaram o mesmo entendimento, qual seja, de que a Cofins teve como pressuposto constitucional o art. 195, I, desta forma não se sujeitando a contribuição às proibições do inciso I do artigo 154 pela remissão que a ele faz o § 4º daquele art. 195.

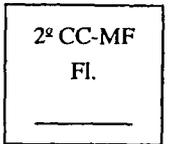
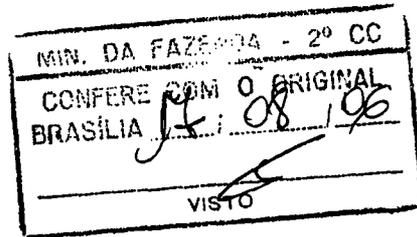
O meu posicionamento tem sido no sentido de seguir a orientação da jurisprudência reiterada dos Tribunais Superiores. Mas, *data vênia*, neste caso vou dissentir do escólio do STJ. Meu entendimento é que se não há decisão judicial afastando a validade e eficácia de determinada lei vigente, descabe a órgão julgador administrativo fazê-lo, e se assim é, não vejo como afastar a exigência fiscal com base na alegada inconstitucionalidade da norma expressa no artigo 56 da Lei nº 9.430/96, que revogou a isenção do art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70/91. Mormente quando a alegação da presumida inconstitucionalidade dessa norma é contrária ao entendimento predominante do STF, ao qual filio-me, vez que, do excerto acima transcrito, fica patente que a Suprema Corte vê a Lei Complementar nº 70/91 como, materialmente, lei ordinária.

Em verdade, a revogação da isenção das sociedade civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada foi consequência das modificações introduzidas na tributação daquela espécie de sociedade civil pelos artigo 71 da Lei nº 8.383 e pelos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.541/92. Demais disso, a seguridade social, como emerge da nossa Carta Magna, deve ser financiada por toda sociedade.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10845.001108/2002-10
Recurso nº : 131.520
Acórdão nº : 204-01.189



CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.**

É como voto.

Sala das Sessões, em 26 de abril de 2006.


JORGE FREIRE *M*