



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

Processo nº 19679.014975/2003-21
Recurso nº 01 Voluntário
Acórdão nº 3301-01.131 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de outubro de 2011
Matéria COFINS
Recorrente COLÉGIO PALMARES S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/1993 a 30/06/2003

RESTITUIÇÃO. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO INDEVIDO. PRAZO PARA RESTITUIÇÃO OU COMPENSAÇÃO. LC 118/2005.

Os pedidos de restituição ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação, relativamente aos pagamentos efetuados antes da edição da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, se sujeitam às regras anteriormente vigentes, ou seja, cinco anos mais cinco (tese dos 5+5), contados da data do pagamento.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. SOCIEDADES CIVIS DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA.

As sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada deixaram de ser isentas da Cofins a partir de abril de 1997, em face da revogação da isenção prevista no inciso II do art. 6º da Lei Complementar nº 70/91, implementada pelo art. 56, da Lei nº 9.430, de 1996.

Recurso Parcialmente Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatorio e votos que integram o presente julgado.

Rodrigo da Costa Pôssas

Presidente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/12/2011 por ANTONIO LISBOA CARDOSO, Assinado digitalmente em 20/01/20

12 por RODRIGO DA COSTA POSSAS, Assinado digitalmente em 09/12/2011 por ANTONIO LISBOA CARDOSO

Impresso em 26/01/2012 por LEVI ANTONIO DA SILVA - VERSO EM BRANCO

Antônio Lisboa Cardoso

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: José Adão Vitorino de Moraes, Antônio Lisboa Cardoso (relator), Maurício Taveira e Silva, Fábio Luiz Nogueira, Maria Teresa Martínez López e Rodrigo da Costa Pôssas (presidente).

Relatório

Cuida-se de recurso em face do acórdão nº16-19.715, da 6ª Turma da DRJ de São Paulo (SP-I), de fls. 609/617, que indeferiu o pedido de restituição de valores recolhidos a da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social do período de 08/1993 a 06/2003, requerido em 15/10/2003 (fl. 1), por entender estar extinto o direito à restituição, nos termos dos arts. 165, I e 168, I, da Lei nº 5.172, de 1966 (CTN), bem como por se tratar de isenção de sociedade civil de prestação de serviços profissionais no exercício de profissão legalmente regulamentada, extinta por força da Lei nº 9.430, de 1996, sendo vedada às autoridades administrativas se pronunciarem sobre a inconstitucionalidade de lei, conforme sintetiza a respectiva ementa, *in verbis*:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO

DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/08/1993 a 30/06/2003

RESTITUIÇÃO. PRAZO.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário - arts. 165, I, e 168, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) c/c arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

AÇÃO JUDICIAL COM DECISÃO DEFINITIVA. COISA JULGADA.

Incabível qualquer pretensão de alteração do que já foi determinado em decisão judicial transitada em julgado.

REGIME DE TRIBUTAÇÃO.

A antiga isenção da COFINS conferida As sociedades civis de que tratava o art. 1º do Decreto-lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987, dependia do regime de tributação concernente ao Imposto de Renda.

SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS NO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO

LEGALMENTE REGULAMENTADA. LEI Nº 9.430/1996. COFINS. NÃO ISENÇÃO.

A isenção da contribuição para o financiamento da Seguridade Social - COFINS As sociedades de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada foi extinta por força da Lei nº 9.430/1996.

CONSTITUCIONALIDADE.

obrigatório As autoridades administrativas observarem a legislação tributária vigente, sendo incompetentes no que toca A apreciação de arguição de inconstitucionalidade e ilegalidade.

Solicitação Indeferida.”

A recorrente teve ciência da decisão em 26/01/2009, conforme AR de fl. 618, tendo apresentado recurso voluntário em 19/02/2009 (fls. 619/639), onde reitera as argumentações constantes de sua manifestação de inconformidade, reafirmando a tese dos 5+5, e sustentando a isenção das sociedade de serviços profissionais, com fulcro na LC 70/91, e sua irrevogabilidade por lei ordinária, conforme reiterada jurisprudência do E. STJ, requerendo pro fim a procedência do recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antônio Lisboa Cardoso, Relator

O recurso é tempestivo e encontra-se revestido das demais formalidades legais, devendo o mesmo ser conhecido.

Inicialmente, quanto ao prazo destinado à restituição ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação, convém esclarecer que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 4 de agosto de 2011, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, considerado paradigma de repercussão geral, em substituição ao RE nº 561.908 (anteriormente tomado como paradigma), tendo assentado o entendimento de ser inconstitucional a aplicação dos artigos 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 às situações anteriores à vigência da norma, isto é, 9 de junho de 2005.

Em ambos os recursos, isto é, RE-566.621/RS e RE-561.908, o que se discute, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da expressão “*observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional*”, constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, com o objetivo de definir o termo inicial da contagem do prazo

prescricional da ação de compensação/repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação pagos antecipadamente, se o mesmo ocorreria da data do recolhimento antecipado do tributo indevido, como preceitua a LC 118, ou da data da homologação – expressa ou tácita – do respectivo lançamento.

Em que pese o fato de ainda não ter sido publicado o acórdão considerado paradigma, a Suprema Corte já vem aplicando o entendimento assentado em sede de repercussão geral, ou seja, de ser inconstitucional a aplicação dos artigos 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 às situações anteriores à vigência da norma, isto é, 9 de junho de 2005, conforme decidiu o eminente Ministro Marco Aurélio, nos autos do próprio RE nº 561.908, nos seguintes termos:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – ARTIGOS 3º E 4º, SEGUNDA PARTE, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05 – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. O Tribunal, na sessão plenária de 4 de agosto de 2011, concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual substituiu este processo como paradigma de repercussão geral. Assentou ser inconstitucional a aplicação dos artigos 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 às situações anteriores à vigência da norma, isto é, 9 de junho de 2005. 2. Em face do precedente, ressaltando a óptica pessoal, nego seguimento ao extraordinário. 3. Publiquem. Brasília, 25 de agosto de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (RE 561908, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/08/2011, publicado em DJe-175 DIVULG 12/09/2011 PUBLIC 13/09/2011)

Desta forma, diante da inconstitucionalidade da aplicação retroativa dos arts. 3º e 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, deve ser aplicado aos pagamentos ocorridos antes da vigência da referida LC, que ocorreu em 09/06/2011, a sistemática vigente anteriormente, que, de acordo com entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça - STJ, firmado em sede de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), vinculando os julgadores do CARF, por força do art. 62-A do RI-CARF, somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, do pagamento, acrescido de mais cinco anos (tese dos 5+5).

Nesse sentido a colenda Primeira Seção do STJ, através do julgamento do REsp n. 1.002.932/SP, de acordo com o rito do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que a LC nº 118/2005, deve ser aplicada somente aos pagamentos ocorridos antes de sua vigência (09/06/2011), conforme depreende-se da ementa a seguir transcrita:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao

referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: "Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inserida no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (*System des heutigen romischen Rechts*, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (*Teoria della retroattività delle leggi*, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (*Traité de la rétroactivité des lois*, vol. 1o, 1845, págs.

131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (*Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariae*, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág.

675) e DEGNI (*L'interpretazione della legge*, 2a ed., 1909, pág.

101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (*Traité de droit constitutionnel*, 3a ed., vol. 2o, 1928, págs. 274-275)." (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

5. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na

data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.").

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. In casu, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal a quo, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1002932/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009).

Assim sendo, no caso em tela, em que se discute o prazo para a restituição/compensação de fatos geradores ocorridos em 08/1993 a 06/2003, requerido em 15/10/2003, deve ser aplicado o entendimento anterior à vigência da LC 118/2005 (09.06.2005), sendo que pela tese dos 5+5, estariam decadentes apenas os pagamentos alusivos aos fatos geradores de 08/93 a 09/93, remanescendo os demais, isto é, 10/93 até 06/2003.

Passemos agora a analisar o recurso, em relação ao mérito, de acordo com os pagamentos considerados indevidos pela Recorrente, é sabido que o art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, dispôs expressamente que as sociedades civis de profissão regulamentada – como é o caso da recorrente – passariam, **a partir de abril de 1997**, a sofrer incidência da Cofins sobre o montante de seu faturamento, revogando, portanto, o disposto no inciso II do art. 6º da Lei Complementar nº 70/91, que assim dispunha:

“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 1987.”

Por sua vez o Decreto-Lei nº 2.397/87, referido no inciso II, acima transcrito, dispõe da seguinte forma:

*“Art. 1º - A partir do exercício financeiro de 1.989, não incidirá o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas sobre o lucro apurado, no encerramento de cada período - base, **pelos 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.**” (grifado)*

De fato, em conformidade com a Recorrente, bem como pelos documentos juntados, no período em que a mesma pleiteia a restituição da COFINS sempre foi uma sociedade civil de prestação de serviços de profissão regulamentada, com pleno direito de usufruir a isenção outorgada pelo inciso II do art 6º da Lei Complementar 70/91, mormente pelo fato dos respectivos sócios serem profissionais cuja atividade está devidamente regulamentada, no caso em comento, professora e contador, pelo menos no período em que vigorou a referida isenção, isto é, até sua revogação pelo art. 56, da Lei nº 9.436, de 1996, ou seja, até março de 1997, no caso, de 10/93 a 03/97, visto que **a partir de abril de 1997**, as referidas sociedades passaram a sofrer incidência da Cofins sobre o montante de seu faturamento.

Inexiste, até o presente momento, qualquer decisão do STF negando vigência ao art. 56 da Lei nº 9.430, de 1996, pelo contrário, a jurisprudência da Suprema Corte é uníssona no sentido de confirmar a revogação da isenção, consignada no art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, promovida pelo citado art. 56 da Lei nº 9.430/96, visto que a Constituição Federal só exige lei complementar para as matérias cuja disciplina a própria Constituição faça tal exigência, merecendo ser reproduzido o aresto citado no acórdão recorrido, *verbis*:

“A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69 – e a Constituição atual não alterou este 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 essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária. Ante o exposto, torno sem efeito a decisão anterior, dou seguimento ao presente agravo e determino a subida do recurso extraordinário, para melhor exame da matéria. Publique-se. Brasília, 24 de novembro de 2004.” (rel. Ministro Eros Grau – AI 502743).

No mesmo sentido o RE-AgR 412748 / RJ, cuja relatora foi a Ministra Cármen Lúcia, julgado em 24/04/2007 (DJE-047, DIVULG em 28/06/2007, PUBLIC em 29/06/2007, DJ de 29/06/2007, PP-00050), *verbis*:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS. REVOGAÇÃO DE ISENÇÃO POR LEI ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE.

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a revogação da isenção do recolhimento da Cofins concedida pela Lei Complementar n. 70/91 por lei ordinária não afronta o princípio da hierarquia das leis.” (grifos acrescidos)

E ainda o RE 419629/DF, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23/05/2006, DJ de 30/06/2006, PP-00016), cuja ementa é nos seguintes termos:

“EMENTA: I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inoccorrência, na espécie, de perda de objeto ou do interesse recursal do recurso extraordinário da entidade sindical: apesar de favorável a decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso especial, não transitou em julgado e é objeto de RE da parte contrária. II. Recurso extraordinário contra acórdão do STJ em recurso especial: hipótese de cabimento, por usurpação da competência do Supremo Tribunal para o deslinde da questão. C. Pr. Civil, art. 543, § 2º. Precedente: AI 145.589-AgR, Pertence, RTJ 153/684. 1. No caso, a questão constitucional - definir se a matéria era reservada à lei complementar ou poderia ser versada em lei ordinária - é prejudicial da decisão do recurso especial, e, portanto, deveria o STJ ter observado o disposto no art. 543, § 2º, do C. Pr. Civil. 2. Em consequência, dá-se provimento ao RE da União para anular o acórdão do STJ por usurpação da competência do Supremo Tribunal e determinar que outro seja proferido, adstrito às questões infraconstitucionais acaso aventadas, bem como, com base no art. 543, § 2º, do C.Pr.Civil, negar provimento ao RE do SESCOB-DF contra o acórdão do TRF/1ª Região, em razão da jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão constitucional de mérito. III. PIS/COFINS: revogação pela L. 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão pela LC 70/91. 1. A norma revogada - embora inserida formalmente em lei complementar - concedia isenção de tributo federal e, portanto, submetia-se à disposição de lei federal ordinária, que outra lei ordinária da União, validamente, poderia revogar, como efetivamente revogou. 2. Não há violação do princípio da hierarquia das leis - rectius, da reserva constitucional de lei complementar - cujo respeito exige seja observado o âmbito material reservado pela Constituição às leis complementares. 3. Nesse sentido, a jurisprudência sedimentada do Tribunal, na trilha da decisão da ADC 1, 01.12.93, Moreira Alves, RTJ 156/721, e também pacificada na doutrina.” (grifos acrescidos)

Portanto, não obstante o entendimento do Egrégio STJ, que vai de encontro ao posicionamento adotado pelo STF, nos julgados acima referidos e por último no julgamento da ADC 01-DF, na qual também foram enfrentados alguns aspectos acerca da inconstitucionalidade da LC 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.

Para tanto o Ministro Moreira Alves, relator daquele paradigmático julgado, à certa altura de seu voto, asseverou:

“Sucedee, 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 expresso 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.”

Os 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 art. 154 pela remissão que a ele faz ao § 4º daquele art. 195.

A colenda Segunda Câmara do 2º CC, teve ocasião de decidir, ainda que pela maioria de votos de seus membros, homenageando a jurisprudência da Suprema Corte, em reconhecer a plena eficácia do art. 56 da Lei nº 9.430/96, conforme se depreende da ementa do Acórdão nº 202-15.885, nos autos do Recurso nº 126.663, sendo designada para o acórdão a Conselheira Nayra Bastos Manatta, *verbis*:

“Ementa: COFINS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. INCIDÊNCIA SOBRE A RECEITA BRUTA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DAS SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS LEGALMENTE REGULAMENTADOS.

O art. 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. No período anterior à vigência desta norma, as sociedades civis de profissão regulamentada que optaram

pela tributação pelo lucro real ou presumido sujeitam-se à incidência da Cofins.

Recurso negado.” (D.O.U. de 16/02/2007, Seção 1, pág. 43-44).

Assim, estando em pleno vigor a tributação da Cofins para as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada, não há que se falar em pagamento indevido ou maior que o devido, a partir do período de apuração de abril de 1997.

Desta forma, encaminho meu voto no sentido de reconhecer o direito à restituição/compensação da COFINS indevida **pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada**, antes de abril de 1997.

Como o direito à repetição dos recolhimentos relativos ao período que vai de 08/93 a 09/93, encontra-se extinto pela decadência, remanescem apenas o direito de repetição do indébito de COFINS dos períodos de apuração de 10/93 até março de 1997, inclusive.

Em face do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso, a fim de reconhecer o direito à repetição do indébito de COFINS, devido pelas sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativo ao exercício de profissão regulamentada, a que se refere o art. 6º, II, da Lei Complementar nº 70, de 1991, até sua revogação pelo art. 56, da Lei nº 9.430, de 1996, isto é, de 10/93 até 03/97, inclusive.

Sala das Sessões, em 06 de outubro de 2011.

Antônio Lisboa Cardoso