



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

Processo nº 13900.000107/2004-98
Recurso nº 146.364 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.241 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2009
Matéria RESTITUIÇÃO/COMP COFINS
Recorrente NASSIF SYSTEM INFORMÁTICA S/C LTDA.
Recorrida DRJ-CAMPINAS/SP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

INCONSTITUCIONALIDADE. Apreciação. Instância
Administrativa

Súmula Nº 2. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/12/2003

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da Cofins devida pelas pessoas jurídicas é o faturamento mensal correspondente à sua receita bruta, assim entendida, a totalidade das receitas auferidas por elas, inexistindo amparo legal se apurá-la tomando-se base de cálculo o lucro presumido.

Recurso Voluntário Negado.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

JOSÉ ADÃO VITÓRIO DE MORAIS – Presidente e Relator

EDITADO EM: 06 de Outubro de 2009

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Maurício Taveira e Silva, Robson José Bayerl (Suplente), Antônio Lisboa Cardoso, Maria Teresa Martinez López. Ausente justificadamente o Conselheiro Gustavo Kelly Alencar.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela recorrente contra a decisão proferida pela DRJ em Campinas, SP, acórdão nº 05-16.720, às fls. 95/100, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade interposta contra o despacho decisório às fls. 77/82 que indeferiu o pedido de restituição, em discussão, no montante de R\$ 127.678,63 (cento e vinte e sete mil seiscentos e setenta e oito reais e sessenta e três centavos) decorrente de pagamentos indevidos e/ ou maior, a título de Cofins, efetuados nos termos da Lei nº 9.718, de 27/11/1998, entre as datas de 08/03/1999 e 15/01/2004, correspondentes ao período de competência de fevereiro de 1999, a dezembro de 2003.

Na manifestação de inconformidade interposta (fls. 85/93), alegou, em síntese, que na apuração da base de cálculo da Cofins teria direito às mesmas exclusões que tem direito as pessoas jurídicas elencadas nos §§ 7º e 8º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, ou seja, as instituições financeiras, bancos comerciais, caixas econômicas, etc, e que, em face do princípio constitucional da isonomia, teria direito a apurar e pagar tal contribuição se beneficiando das mesmas exclusões. Alegou, ainda, que o tratamento diferenciado àquelas instituições inquina de inconstitucionalidade aqueles dispositivos legais.

Analizada a manifestação de inconformidade, aquela DRJ julgou-a improcedente e indeferiu a restituição pleiteada sob as seguintes ementas:

*"PAGAMENTO EM CONFORMIDADE COM A LEI.
INEXISTÊNCIA DE INDÉBITO.*

*Pagamento feito em conformidade com a legislação em vigor
não configura pagamento indevido e, conseqüentemente, não
existe crédito passível de restituição.*

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*O controle de constitucionalidade da legislação que fundamenta
o lançamento é de competência exclusiva do Poder Judiciário e,
no sistema difuso, centrado em última instância revisional no
STF."*

Inconformada, a recorrente interpôs o presente recurso voluntário, (fls. 103/113), requerendo a reforma da decisão de primeira instância a fim de que seja deferido seu pedido de restituição, alegando, em síntese, preliminarmente, a inocorrência da decadência do seu direito à repetição dos valores recolhidos, defendendo a tese dos "cinco mais cinco" para a repetição de indébitos decorrentes de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ou seja, cinco anos para a extinção tácita do crédito tributário nos termos do CTN, art. 150, § 4º, e mais cinco para a decadência, nos termos do art. 168, I, desse mesmo Código, resultando prazo total de dez anos contados dos respectivos fatos geradores e, no mérito, que a Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991, art. 11, parágrafo único, ao elevar a alíquota da Contribuição Social (CSLL) devida pelas instituições financeiras em oito pontos percentuais e excluí-las do pagamento da Cofins, o legislador infringiu princípios constitucionais, notadamente, o da igualdade. Assim, levando-se em conta que pagou a Cofins sem as exclusões previstas para as instituições

financeiras, tem direito à restituição dos valores pagos a maior por não ter se beneficiado de tais exclusões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

O recurso apresentado atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972. Assim, dele conheço.

Embora a decadência questionada fique prejudicada pelo fato de que os valores reclamados com indébitos tributários, na realidade, não o são, conforme será demonstrado no mérito, a enfrentaremos como preliminar.

Os valores reclamados como indébitos decorrem de pagamentos efetuados entre as datas de 08/03/1999 e 15/01/2004 que, segundo o entendimento da recorrente, foram efetuados a maior que os efetivamente devidos.

Ainda que houvesse pagamentos a maior, na data de protocolo do presente pedido, em 26/04/2004, parte dos valores pleiteados não podia mais ser repetida por ter ocorrido a decadência do direito da recorrente.

O direito de se pleitear a restituição de indébitos tributários decai com o decurso do prazo de cinco anos contados das datas dos respectivos recolhimentos indevidos, conforme estabelece o Código Tributário Nacional (CTN), art. 168, I, *in verbis*:

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;

(...)."(grifos não-originais)

Em se tratando de lançamento por homologação, como no caso da contribuição em discussão, a extinção do crédito tributário, por previsão expressa do CTN, ocorre quando do pagamento e não em outro momento, conforme disposto a seguir:

"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;

(...).(grifos não-originais)

Além destes dispositivos, para o presente caso, aplica-se também a Lei Complementar nº 118 de 09/02/2005, art. 3º, que assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”

Dessa forma, na data de protocolo do presente pedido de repetição, em 26 de abril de 2004, o direito de a recorrente repetir possíveis valores reclamados como indébitos tributários decorrentes dos recolhimentos efetuados entre as datas de 08/03/1999 e 25/04/1999, já havia decaído.

Quanto à outra preliminar suscitada, inconstitucionalidade da LC nº 70, de 1991, e da Lei nº 9.718, de 1998, trata-se de matéria já sumulada pelo antigo Segundo Conselho de Contribuintes, devendo ser aplicado ao caso a Súmula nº 02 que assim dispõe, *in verbis*:

“Súmula nº 02. O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

No mérito, tanto os valores atingidos pela decadência quanto os demais, ao contrário do entendimento da recorrente, não constituem indébitos tributários e sim valores devidos a título de Cofins nos termos da legislação tributária então vigente, Lei nº 9.718, de 27/11/1998.

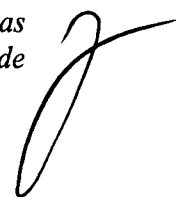
Ao contrário do que a recorrente alega, os indébitos reclamados decorrem do seu entendimento equivocado de que a base de cálculo da Cofins seria o lucro presumido e não do fato de não ter se beneficiado das exclusões permitidas às instituições financeiras, elencadas nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, conforme provam as planilhas às fls. 23/25 elaboradas por ela própria.

No período, objeto dos valores reclamados, aquela lei assim dispunha, quanto à base de cálculo dessa contribuição:

“Art. 2º As contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS, devidas pelas pessoas jurídicas de direito privado, serão calculadas com base no seu faturamento, observadas a legislação vigente e as alterações introduzidas por esta Lei.

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de



atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. (Vide Lei nº 11.941, de 2009)

§2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I - as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário;

II - as reversões de provisões e recuperações de créditos baixados como perda, que não representem ingresso de novas receitas, o resultado positivo da avaliação de investimentos pelo valor do patrimônio líquido e os lucros e dividendos derivados de investimentos avaliados pelo custo de aquisição, que tenham sido computados como receita;

III - (Revogado pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001);

IV - a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente.

(...)."

Ora, segundo estes dispositivos legais, a base de cálculo da Cofins é o faturamento mensal da pessoa jurídica correspondente a sua receita bruta, assim entendida o total de suas receitas independentemente de suas naturezas e classificação contábil adotada, deduzidos os valores expressamente discriminados.

Inexiste amparo legal, para se adotar o lucro operacional, ou seja, deduzir da base de cálculo (faturamento) os custos das mercadorias vendidas, dos serviços prestados e de todas as despesas, inclusive financeiras, comerciais e tributárias (ICMS e o ISS faturados).

A título de esclarecimento, cabe informar que a constitucionalidade da Cofins sobre o faturamento foi expressamente declarada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na ADC nº 1, de 1º de dezembro de 1993, cuja ementa é a seguinte:

"AÇÃO 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."

Também, as decisões dos Tribunais Federais têm sido no sentido de acolher a exigência da Cofins com base na Lei nº 9.718, de 1998, conforme provam as ementas a seguir:

"CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. (...) LEI Nº 9.718/98. PIS E COFINS. BASE DE CÁLCULO. MODIFICAÇÃO. EC Nº 20/98. CSLL. COMPENSAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ISONOMIA. QUEBRA. INEXISTÊNCIA.

...A modificação na base de cálculo da COFINS e do PIS imposta pela Lei nº 9.718/98 foi recepcionada pela EC nº 20/98, não havendo como questioná-la judicialmente na via de exceção anteriormente a esse momento ante a sua ausência de eficácia jurídica nesse período. A fórmula de compensação da COFINS com a CSLL estabelecida pela Lei nº 9.718/98 não representa quebra de isonomia no tratamento dos contribuintes. (AI nº 24.830-AL, TRF 5ª Região, 13/04/2000)

TRIBUTÁRIO. COFINS. LEI Nº 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE – 1. A Lei Complementar 70/91 não necessita de outra lei complementar para que seja alterada, porque, ao disciplinar contribuição prevista na Constituição (art. 195), é, na verdade, materialmente lei ordinária. 2. A Lei 9.718/98 não criou nova fonte de custeio, tendo em vista que, no entendimento do STF, faturamento e receita bruta se equivalem para efeitos fiscais (...). – (AMS nº 1999.01.00.095556-1/MG, TRF 1ª Região, 15/08/2000).

COFINS E PIS/PASEP. LEIS Nos 9.715/98 E 9.718/98. CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA

O Pleno desta Corte, em processo (Arguição de Inconstitucionalidade 1999.04.01.0802741) decidiu em 29-03-00, por maioria de votos, rejeitar a arguição de constitucionalidade (sic) do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98. E as demais disposições da referida lei não são inconstitucionais, conforme tem entendido esta Turma, por estar a referida contribuição estabelecida no art. 195 da CF/88, devendo sua cobrança, no entanto, apenas observar prazo nonagesimal, a contar da Medida Provisória nº 1.724/98 que se converteu na Lei 9.718/98. Assim, a contribuição da COFINS é devida nos termos da Lei 9.718/98, estando sujeita, inclusive, à alteração das alíquotas, nos termos do art. 8º da referida lei, com a limitação

imposta neste dispositivo legal.(AMS nº 2000.04.01.004196-5/SC, TRF 4ª Região, 02/5/2000)."

Assim, demonstrado que os valores reclamados pela interessada resultaram exclusivamente de sua equivocada interpretação de que a Cofins seria devida e apurada, tomando-se como base de cálculo o lucro presumido, ou seja, o faturamento mensal deduzido dos custos das mercadorias vendidas, de serviços prestados e de todas as despesas, inclusive financeiras e de impostos faturados, não há que se falar em recolhimentos a maior e muito menos em indêbitos tributários passíveis de restituição e/ ou compensação.

Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, voto nego provimento ao presente recurso voluntário.

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

