



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 19740.000191/2005-97
Recurso n° 148.914 Voluntário
Matéria RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO COFINS
Acórdão n° 203-12.884
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente BANCO FININVEST S/A.
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO II/RJ

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2000

INDÉBITO FISCAL. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA

A decadência do direito de se pleitear restituição de indébito fiscal ocorre em cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, inclusive, na hipótese de ter sido efetuado com base em lei, posteriormente, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

INDÉBITO. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO

A restituição/compensação de débitos tributários com débitos fiscais vencidos de responsabilidade do mesmo sujeito passivo, administrados pela Secretaria da Receita Federal, depende da certeza e liquidez dos valores reclamados.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO

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

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

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/05/2000

BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo da Cofins é o faturamento mensal da pessoa jurídica, correspondente a sua receita bruta, sendo irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

FATURAMENTO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

O faturamento da instituição financeira compreende a totalidade de suas receitas decorrentes das atividades econômicas do seu objeto social e não apenas as receitas classificadas como serviços.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 17.06.08

Marilde Césarino da Oliveira
Mat. Siape 31650

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, em negar provimento ao recurso nos seguintes termos: I) por maioria de votos, quanto à decadência dos recolhimentos efetuados anteriores a 07/06/2000. Vencida a Conselheira Ivana Maria Garrido Guatieri (Suplente); e II) pelo voto de qualidade, no sentido de que toda a receita auferida pelo contribuinte constitui a receita operacional da sociedade, fazendo parte da base de cálculo da exação. Vencidos os Conselheiros Luis Guilherme Queiroz Vivacqua (Suplente), Ivana Maria Garrido Gualtieri (Suplente), Fernando Marques Cleto Duarte e Dalton Cesar Cordeiro de Miranda.



WILSON MACEDO ROSENBURG FILHO


Presidente



JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS


Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis e Odassi Guerzoni Filho.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, <u>17.06.08</u>
 Marilda Curcio da Oliveira Mat. Siage 91650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 17 / 06 / 08


Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Sisepe 91650

Relatório

A recorrente acima qualificada apresentou o pedido à fl. 01, requerendo a restituição/compensação do montante de R\$ 15.545.800,00 (quinze milhões quinhentos e quarenta e cinco mil e oitocentos reais) decorrentes de pagamentos indevidos, a título de contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins, efetuados nos termos da Lei n° 9.718, de 27 de novembro de 1998, a partir de 15 de março de 1999 a 15 de junho de 2000.

Por meio do Despacho Decisório à fl. 87, a Delegacia Especial de Instituições Financeiras no Rio de Janeiro (Deinf/RJO), com base no Parecer n° 28/2005 às fls. 84/86, julgou o pedido inepto.

Inconformada, a requerente interpôs o requerimento às fls. 93/96, solicitando àquela delegacia a reconsideração de sua decisão ou, alternativamente, o recebesse como manifestação de inconformidade, para que fosse reformada a sua decisão, reconhecendo-lhe os créditos financeiros reclamados, bem como deferido o seu pedido de compensação.

O processo foi encaminhado para a Superintendência Regional da Receita Federal do Brasil na 7ª Região Fiscal para apreciação do requerimento da recorrente.

Contudo, em face da competência das DRJs a quem cabe julgar manifestações de inconformidade, aquela Superintendência remeteu o processo para a DRJ/RJO II no Rio de Janeiro.

O requerimento apresentado foi então tomado como manifestação de inconformidade por aquela DRJ que a julgou improcedente, conforme acórdão n° 13-15.893, de 27/04/2007, às fls. 128/142, sob os argumentos de que: a) para o mês de competência de maio de 2000, recolhimento efetuado em 15 de junho de 2000, não conheceu da manifestação de inconformidade e, portanto, considerou não formulado o pedido de restituição/compensação porque a recorrente não observou o disposto na IN SRF n° 460, de 18 de outubro de 2004, art. 31; b) para os demais meses de competência, fevereiro de 1999 a abril de 2000, recolhimentos efetuados a partir de 15 de março de 1999 a 15 maio de 2000, indeferiu a repetição/compensação dos indébitos pleiteados, sob o fundamento de que os pagamentos efetuados para esse período correspondem à contribuição devida nos termos da Lei n° 9.718, de 1998, arts. 2° e 3°, não resultando pagamentos indevidos e/ ou a maior; c) a suscitada inconstitucionalidade da Lei n° 9.718, de 1998, art. 3°, deve ser oposta ao Poder Judiciário, cabendo à autoridade administrativa competente aplicá-la; e d) na data de protocolo do presente pedido de restituição/compensação, em 07/06/2005, o direito de a recorrente repetir/compensar os valores reclamados referentes aos pagamentos efetuados entre as datas de 10 de março de 1999 a 15 de maio de 2000, se encontrava decaído nos termos do CTN, art. 168, II.


Cientificada daquele acórdão, a recorrente interpôs o presente recurso voluntário (fls. 154/162), requerendo o seu provimento para que seja reformado o acórdão recorrido, reconhecendo-lhe o crédito financeiro reclamado e deferido o pedido de repetição/compensação, alegando, em síntese: a) em relação à repetição do valor recolhido em 15 de junho de 2000, referente ao mês de competência de maio de 2000, não observou o disposto na

IN SRF n° 460, de 18 de outubro de 2004, art. 31, que condiciona a apresentação de pedidos de restituição/compensação (Per/Dcomp) somente via Internet, porque o programa não permitiu a sua transmissão, em face dos créditos financeiros indicados; assim, não restou outra alternativa a não ser apresentá-lo em formulário de papel; b) quanto à Lei n° 9.718, de 1998, art. 3°, o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou pela sua inconstitucionalidade, sendo que a sua decisão produziu efeitos "erga omnes", atingindo aqueles que não fizeram parte do litígio; e, c) em relação à decadência, o prazo para exercer o direito deve ser contado a partir da extinção do crédito tributário pela homologação do pagamento, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça (STJ); no caso de homologação tácita, como no presente caso, resulta um prazo total de 10 (dez) anos, ou seja, cinco para extinção e mais cinco para a repetição.

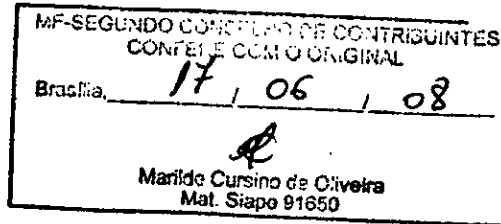
É o relatório.

MF-SEGUNDO CONCELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 17 / 06 / 08


Marido Cursino da Oliveira
Mat. SIAPE 91650





Voto

Conselheiro JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS, Relator

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

Conforme se verifica dos autos, a recorrente interpôs o pedido à fl. 01, complementado pelo documento às fls. 03/05, requerendo a restituição do montante de R\$ 15.545.800,00 (quinze milhões quinhentos e quarenta e cinco mil e oitocentos reais), a valores de junho de 2005, correspondente à diferença entre a Cofins paga nos termos da Lei n.º 9.718, de 1998, arts. 2.º e 8.º, e a devida nos termos da LC n.º 70, de 1991, arts. 1.º e 2.º, c/c o art. 11, parágrafo único desta mesma lei.

Em face de julgamento do STF que julgou inconstitucional o parágrafo 1.º do art. 3.º da Lei n.º 9.718, de 1998, que ampliou da base de cálculo da Cofins de faturamento mensal para receita bruta mensal, a interessada entende que os pagamentos efetuados por nos termos deste diploma legal, excedentes aos valores devidos nos termos da LC n.º 70, de 1991, constituem indébitos fiscais passíveis de repetição/compensação.

Preliminarmente, entendemos que, no presente caso, tendo o sistema Perd/Dcomp vedado a transmissão do pedido de repetição, via Internet, não restou à recorrente outra alternativa que não a de apresentar o pedido em formulário papel, conforme dispõe a IN SRF n.º 460, de 2004, art. 76, citada e transcrita pela DRJ, que assim dispõe:

"Art. 76. Ficam aprovados os formulários Pedido de Restituição, Pedido de Ressarcimento de Créditos da Contribuição para o PIS/Pasep, Pedido de Ressarcimento de Créditos da Cofins, Pedido de Cancelamento ou de Retificação de Declaração de Importação e Reconhecimento de Direito de Crédito, Pedido de Ressarcimento de IPI – Missões Diplomáticas e Repartições Consulares e Declaração de Compensação constantes, respectivamente, dos Anexos I, II, III, IV, V e VI.

(...).

§ 2.º Os formulários a que se refere o caput somente poderão ser utilizados pelo sujeito passivo nas hipóteses em que a restituição, o ressarcimento ou a compensação de seu crédito para com a Fazenda Nacional não possa ser requerida ou declarada eletronicamente à SRF mediante utilização do Programa PER/DCOMP.

§ 3.º A SRF caracterizará como impossibilidade de utilização do Programa PER/DCOMP, para fins do disposto no § 2.º, no § 1.º do art. 3.º, no § 3.º do art. 16 e no § 1.º do art. 26, a ausência de previsão da hipótese de restituição, de ressarcimento ou de compensação no aludido Programa, bem como a existência de falha no Programa que impeça a geração do Pedido Eletrônico de Restituição, do Pedido Eletrônico de Ressarcimento ou da Declaração de Compensação.

§ 4º. A falha a que se refere o § 3º deverá ser demonstrada pelo sujeito passivo à SRF no momento da entrega do formulário, sob pena do enquadramento do documento por ele apresentado no disposto no art. 31.

(...)."

Embora não conste dos autos que a recorrente, no momento de protocolo do presente pedido de restituição, tenha demonstrado à DRF a impossibilidade de transmissão de seu pedido via utilização do Programa Per/Dcomp, entendemos que não tendo sido possível sua transmissão por meio desse programa, não restou outra alternativa a não ser a apresentação em formulário de papel.

Dessa forma, ao contrário da decisão recorrida, consideramos formulado o pedido de restituição referente ao valor reclamado para o mês de competência de maio de 2000, decorrente do pagamento efetuado em 15 de junho de 2000.

Os valores reclamados envolvem pagamentos efetuados a partir de 15 de março de 1999 a 15 de junho de 2000. Assim, cabe verificar se data de protocolo do presente pedido de restituição, em 07 de junho de 2005, a recorrente tinha direito à repetição de todos eles ou se parte estava prescrita.

No presente caso, em relação à decadência, aplica-se o CTN, que assim dispõe sobre o direito e o prazo para se pleitear restituições de indébitos tributários:

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

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

(...).

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

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

(...)." (grifos não-originais)

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

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa."

MF-SEGUNDO DEPARTAMENTO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 17, 06, 08
Manoel Custódio de Oliveira
Mat. Siapa 91650

CC02/C03
Fls. 190

§ 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)

Também, mais recentemente, o legislador complementar, por meio da Lei Complementar n.º 118, de 09 de fevereiro de 2005, art. 3º, dissipou qualquer dúvida a respeito da data de extinção de crédito tributário sujeito a lançamento por homologação, assim dispondo:

"Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei n.º 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."

Desse modo, como o presente pedido foi protocolado em 07 de junho de 2005, o direito de a recorrente repetir/compensar valores, reclamados como indébitos tributários, resultantes de recolhimentos efetuados em datas anteriores a 07 de junho de 2000, encontrava-se decaído naquela data. Restaria, então, verificarmos a certeza e liquidez do valor recolhido após aquela data, ou seja, decorrente do pagamento efetuado em 15 de junho de 2000, no valor original de R\$ 431.633,91 (quatrocentos e trinta e um mil seiscientos e trinta e três reais e noventa e um centavos).

Contudo, conforme demonstraremos a seguir, tanto os valores atingidos pela prescrição como os não atingidos são devidos pela recorrente e não constituem indébitos tributários passíveis de restituição/compensação, conforme seu entendimento.

A Lei n.º 9.718, de 27 de novembro de 1998, que alterou a sistemática de pagamento da Cofins, assim dispõe:

"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. (destaque não-original)

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 irrelevante o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas.

§ 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;

IV – a receita decorrente da venda de bens do ativo permanente;

(...)

§ 4º. Nas operações de câmbio, realizadas por instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil, considera-se receita bruta a diferença positiva entre o preço de venda e o preço de compra da moeda estrangeira.

§ 5º. Na hipótese das pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, serão admitidas, para fins da COFINS, as mesmas exclusões e deduções facultadas para fins de determinação da base de cálculo da contribuição para o PIS/PASEP.

§ 6º. Na determinação da base de cálculo das contribuições para o PIS/PASEP e COFINS, as pessoas jurídicas referidas no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, além das exclusões e deduções mencionadas no § 5º, poderão excluir ou deduzir: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

I - no caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil e cooperativas de crédito: (Incluído pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

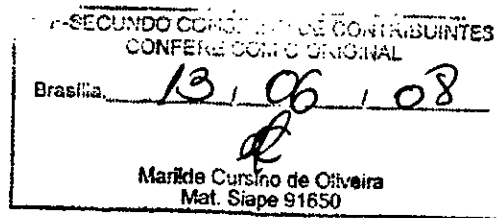
a) despesas incorridas nas operações de intermediação financeira; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

b) despesas de obrigações por empréstimos, para repasse, de recursos de instituições de direito privado; (Incluída pela Medida Provisória no 2.158-35, de 2001)

c) deságio na colocação de títulos; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

d) perdas com títulos de renda fixa e variável, exceto com ações; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

e) perdas com ativos financeiros e mercadorias, em operações de hedge; (Incluída pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)



(...).

Art. 8º. Fica elevada para 3 % (três por cento) a alíquota da COFINS."

Ora, conforme a própria recorrente reconheceu nos autos, a contribuição paga por ela, ora reclamada como indébito tributário, foi apurada de conformidade com este diploma legal. Assim, não há que se falar em pagamento indevido e muito menos em repetição/compensação dos valores reclamados.

O fato de o STF, no julgamento do RE nº 357.950, ter declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1988, não produziu efeitos "erga omnes", mas tão somente para as partes envolvidas naquele recurso.

Também, não compete às instâncias administrativas se manifestarem sobre inconstitucionalidades de leis, como no presente caso. Aliás, esta é a posição deste Segundo Conselho de Contribuintes que, inclusive, já editou súmula sobre esta matéria, a de nº 02, reproduzida, *in verbis*:

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

Além disto, ainda, que se aceitasse que a decisão do STF devesse ser aplicada às instituições financeiras, a recorrente está sujeita à Cofins sobre seu faturamento mensal, nos termos do art. 2º da Lei nº 9.718, de 1998, transcrito anteriormente.

Aquela Corte Suprema julgou inconstitucional somente o § 1º do art. 3º dessa lei. Os demais artigos não foram julgados inconstitucionais e estão vigentes.

Em nosso entendimento, o faturamento das instituições financeiras corresponde à soma de todas as receitas decorrentes das atividades econômicas do seu objeto social, ou seja, receitas operacionais decorrentes de suas atividades financeiras e de suas atividades de prestação de serviços.

No julgamento da ampliação da base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep, o Ilmo. Sr. Ministro Cezar Peluzo do STF, assim, definiu faturamento:

"Faturamento nesse sentido, isto é, entendido como resultado econômico das operações empresariais típicas, constitui a base de cálculo da contribuição, enquanto representação quantitativa do fato econômico tributado. Noutras palavras, o fato gerador constitucional da COFINS são as operações econômicas que se exteriorizam no faturamento (sua base de cálculo), porque não poderia nunca corresponder ao ato de emitir faturas, coisa que, como alternativa semântica possível, seria de todo absurda, pois bastaria à empresa não emitir faturas para se furtar à tributação." (grifo não-original).

Ainda, segundo o Ilmo. Ministro, "se determinadas instituições prestam tipo de serviço cuja remuneração entra na classe das receitas chamadas financeiras, isso não desnatura a remuneração de atividade própria do campo empresarial, de modo que tal produto entra no conceito de 'receita bruta igual a faturamento'". (grifo não-original)

Dessa forma, independentemente do julgamento do STF que julgou inconstitucional a ampliação da base de cálculo da Cofins, as instituições financeiras estão sujeitas a esta contribuição nos termos da Lei nº 9.718, de 1998, art. 2º, ou seja, sobre o seu faturamento mensal correspondente à soma de todas as receitas oriundas de sua atividade típica decorrente de seu objeto social.

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

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008

JOSÉ ADÃO VITORINO DE MORAIS

