



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

Recorrente : BRADESCO SEGUROS S/A.
Recorrida : DRJ de Rio de Janeiro - RJ

NORMAS PROCESSUAIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. O *dies a quo* para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se completa o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI QUE MAJOROU A BASE DE CÁLCULO. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de inconstitucionalidade das normas tributárias, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

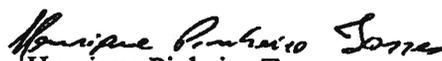
RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE COFINS. BASE DE CÁLCULO. Essa contribuição incidia sobre o faturamento, assim entendido a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. A inexistência de créditos impede que se homologue a compensação efetuada pelo sujeito passivo.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por BRADESCO SEGUROS S/A.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Rodrigo Bernardes de Carvalho, Airton Adelar Hack e Leonardo Siade Manzan. A Conselheira Nayra Bastos Manatta votou pelas conclusões. Fez sustentação oral pela Recorrente a Dra. Joana Paula G. M. Batista.

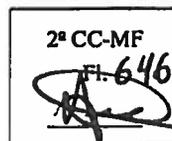
Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


Henrique Pinheiro Torres
Presidente e relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire e Júlio César Alves Ramos.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

Recorrente : **BRDESCO SEGUROS S/A**

RELATÓRIO

Por bem relatar os fatos em tela, adoto e transcrevo o Relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento:

Trata o presente processo de pedido de restituição, apresentado à fl. 01, através do qual a interessada requer o reconhecimento do direito ao crédito no valor de R\$ 75.753.226,32, referente a importâncias que teriam sido recolhidas em valores superiores aos efetivamente devidos, a título de Contribuição para o Financiamento da seguridade social – Cofins, referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses 02/1999 (recolhimento em 10/03/1999) a 04/2000 (recolhimento em 15/05/2000).

No pedido de Restituição em tela, alega a Interessada no Quadro 02 – Motivo do Pedido, que:

O Pedido de Restituição foi apresentado manualmente em virtude de os recolhimentos terem sido efetuados há mais de 5 (cinco) anos da data de seu protocolo, o que impossibilita a utilização do PER/DCOMP;

O art 165 do CTN assegura o direito à restituição dos tributos pagos indevidamente ou a maior que o devido pelos contribuintes, sendo que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a extinção do direito de pleitear a sua restituição somente ocorre após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita, conforme dispõe o art. 168 c/c o art. 150, §4º do CTN;

Neste sentido é a jurisprudência pacífica do STJ sobre a matéria, que inclusive já decidiu que o art. 3º da LC nº 118/2005 não tem caráter meramente interpretativo, tratando-se de norma jurídica nova que só produzirá efeitos a partir de 09/06/2005;

A Requerente efetuou recolhimentos da Cofins nos meses 02/1999 a 04/2000 nos termos da Lei nº 9.718/1998. Contudo, a Lei nº 9.718/1998 foi publicada e entrou em vigor antes da edição da EC nº 20/1998, quando o inciso I do art. 195 da CF/1998 só autorizava a instituição de contribuição social sobre o faturamento, que conforme jurisprudência do STF corresponde à "receita bruta de venda de mercadoria e de prestação de serviços" (RE 050.755/PE); e

Devido a isso, tem direito a Requerente à restituição dos valores pagos indevidamente a título de cofins sobre outras receitas que não aquelas, diante da inconstitucionalidade da exigência.

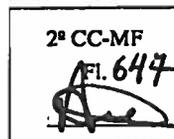
De conformidade com o Parecer nº 031/2005 (fl. 487/491), através do Despacho Decisório de fl. 492, o Delegado da Deinf/RJO, utilizando-se da atribuição conferida pelo art. 250, inciso XX, do regimento Interno da SRF, aprovado pela Portaria /MF nº 30, de 25/02/2005, considerou inepto o Pedido de restituição de fls. 01.

A Diort/Deinf/RJO, por meio do Parecer nº 031/2005, assim se manifestou:

O pedido em tela não traz como fundamento lei nova que tenha modificado a lei instituidora da obrigação de pagar o tributo, nem sequer ação judicial que a Contribuinte seja parte e que tenha, no curso desta, sido declarada a inconstitucionalidade daquela lei. Portanto, não há nenhum direito a assistir o pedido formulado em favor da instituição financeira petionante;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

No caso sob análise, há previsão legal, expressa e vigente da imposição tributária a que a Contribuinte alega não se submeter, Desta feita, como o pedido em tela não se ampara em direito atual, é impossível se desenvolver atividade procedimental, mais especificadamente, emitir parecer conclusivo sobre algo indefinido ou inexistente, qual seja, o direito creditório;

Nesse passo, é forçoso concluir que o pedido é juridicamente impossível, impedindo, desse modo, o início da atividade procedimental a que se submeteria um típico pedido de restituição:

Com base nos artigos 267, inciso VI, e 295, inciso I e parágrafo único, inciso III, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 – CPC, e considerando que a Interessada pleiteou a restituição sob a égide de matéria não definitivamente julgada, e que a mesma não é parte integrante das ações judiciais cujos recursos judiciais estão sendo apreciados no STF, deve o Pedido de Restituição de fl. 01 ser CONSIDERADO INEPTO, vez que de “Pedido de Restituição” não se trata; e

Ante a inexistência no presente caso, de direito creditório passível de restituição e/ou compensação, tendo em conta as razões já expostas, o presente processo administrativo não trata, em verdade, de restituição, não podendo seguir o rito estatuído por meio do decreto nº 70.235/72. É de se aplicar, no presente caso, o estabelecido nos artigos 56 e seguintes da Lei nº 9.784, de 29/01/1999.

Cientificada em 29/06/2005 (fl. 494) a interessada, inconformada, ingressou, em 11/07/2005, com a manifestação de inconformidade de fls. 495 a 525, na qual:

Preliminarmente, requer que a petição apresentada seja recebida como manifestação de inconformidade e encaminhada à DRJ para apreciação, pelos seguintes fundamentos:

A Lei nº 9.784/1999;

O art. 224 da Portaria MF nº 30, de 25/02/2005, dispõe sobre a competência das DRJ para julgar, em primeira instância, a manifestação de inconformidade do sujeito passivo contra apreciações dos Inspectores e dos delegados da receita federal em processos administrativos relativos à restituição. Tal disposição já constava da Portaria SRF nº 3.608/1994. Também o Ato Declaratório Normativo Cosit nº 17, de 15/06/1999, reconheceu a referida competência;

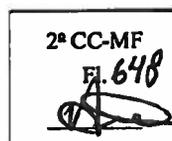
Sendo os atos normativos em questão vinculantes para as autoridades administrativas, dúvida não há quanto ao direito da Impugnante/recorrente à apresentação de Manifestação de Inconformidade a ser apreciada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento;

Certamente porque ciente desses atos normativos, o ilustre Delegado da Deinf/RJO sustenta o não cabimento da referida manifestação de inconformismo ao fundamento de que o presente processo administrativo não trata de restituição, ante a inexistência de direito creditório passível de restituição/compensação e devido à impossibilidade jurídica do pedido;

Não pode a autoridade administrativa por conta própria estabelecer distinções não feitas pelas normas que regem a competência para apreciação do inconformismo do contribuinte, impedindo assim o controle de legalidade de seu ato pela DRJ e, o que é mais grave, pelo Conselho de Contribuintes em 2ª instância; //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

Ao prevalecer tal entendimento bastaria à autoridade administrativa alegar a "impossibilidade jurídica do pedido" (como, por exemplo, nos casos em que entende já ter decorrido o prazo para se pleitear a restituição, contado do pagamento indevido) para com isso impedir que a questão seja submetida à apreciação do Conselho de Contribuintes (que, no caso exemplificado, entende que o prazo só se inicia com o reconhecimento da inconstitucionalidade do tributo pela Administração);

No caso concreto, o impedimento de que a questão seja no futuro apreciada pelo Conselho de contribuintes é ainda mais grave quando se constata, que existe farta doutrina e diversas decisões, tanto do próprio conselho de contribuintes como de outros Tribunais Administrativos, reconhecendo a possibilidade de serem proferidas, em casos concretos, decisões embasadas na inconstitucionalidade de uma norma legal. A própria PGFN reconhece a possibilidade de o Conselho de contribuintes aplicar o entendimento firmado no Judiciário no curso do processo administrativo;

Independentemente de qual seja o fundamento pelo qual eventualmente venha a ser negado o pedido de restituição formulado (presunção de constitucionalidade das leis, decurso de prazo, etc.) qualquer decisão a este respeito consubstancia sempre uma decisão de mérito que pressupõe o conhecimento do pedido, e deve necessariamente sujeitar-se ao rito próprio;

Alega como razões de impugnação que:

O Pedido de Restituição que deu origem ao presente processo tem por objeto a Cofins relativa aos meses 02/1999 a 04/2000, indevidamente recolhida nos termos da Lei nº 9.718/1998, que ao alargar o conceito de faturamento previsto no art. 195, I, da CF, incorreu em inconstitucionalidade e ilegalidade;

O ilustre Delegado da Deinf houve por bem indeferir o Pedido de Restituição embasando-se na premissa de que enquanto não julgado inconstitucional pelo STF o art. 3º da Lei nº 9.718/1998, com efeitos erga omnes seria juridicamente impossível o pedido formulado;

O pedido formulado pela impugnante não está fundamentado em uma possível decisão futura do STF, mas sim única e exclusivamente na inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 3º da Lei nº 9.718/1998, como demonstrado com base na jurisprudência daquele Tribunal. A referência feita ao julgamento atualmente em curso naquele Tribunal teve por objetivo apenas reforçar a procedência do pedido formulado, tendo em vista os votos já proferidos sobre a matéria;

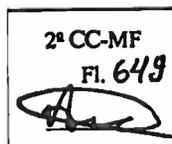
Os artigos 267, VI e 295, III (sic), do CPC, que tratam da possibilidade jurídica do pedido, são manifestamente inaplicáveis ao caso, como o evidencia a própria jurisprudência do STJ invocada pelo r. despacho decisório, que entende como possibilidade jurídica do pedido a admissibilidade da pretensão perante o ordenamento jurídico, ou seja, previsão ou ausência de vedação, no direito vigente, do que se postula na causa;

No caso concreto não só inexistente vedação à pretensão da Impugnante, como ao contrário encontra o mesmo amparo no art. 165, I do CTN, que assegura o direito à restituição de valor pago indevidamente de forma espontânea em face da legislação tributária aplicável, aí obviamente compreendida a norma constitucional que outorga e delimita a competência tributária;

M



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

A possibilidade jurídica do pedido não se confunde com a sua procedência ou improcedência, sendo irrelevante para este fim se o Poder Judiciário já apreciou ou não a matéria;

Os Tribunais Administrativos podem e devem decidir sobre matéria constitucional, mesmo que a jurisprudência judicial ainda não esteja pacificada, tendo em vista o direito de ampla defesa inserto no art. 5º, inciso LV da CF/1998. Para sustentar a sua tese transcreve entendimento do Conselho de Contribuintes sobre a matéria, como também da câmara superior de Recursos fiscais, do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo e da Doutrina;

A PGFN expressamente reconhece, através do Parecer PGFN nº 439/96 a possibilidade de que aos processos administrativos em curso seja aplicada a jurisprudência que venha a se pacificar no Judiciário;

É inconstitucional e ilegal a ampliação da base de cálculo da Cofins veiculada pelo § 1º do art. 3º da lei nº 9.718/1998, de modo que a exação deveria ter sido recolhida sobre o faturamento da Impugnante nos termos em que definido pelo art. 2º daquele diploma legal combinado com LC 70/1991;

Por força do art. 195, I da CF, com a redação em vigor quando da edição da lei nº 9.718/1998, a União Federal tinha competência para exigir contribuição unicamente sobre o faturamento;

Faturamento é conceito de direito Comercial que de acordo com a legislação, doutrina e jurisprudência do STF corresponde à receita bruta tal como definida pela LC nº 70/1991, substancialmente idêntica ao disposto no DL 2.397/1987, art 22, alínea "a", não podendo ser alterado pela legislação tributária por força do disposto no art. 110 do CTN; e

Não infirma as conclusões acima, antes as confirma, o advento da EC 20/98, porque promulgada posteriormente à publicação da Lei nº 9.718/1998, reconhecendo que à época de sua edição a União Federal não possuía competência para instituir contribuição sobre receitas, mas apenas sobre o faturamento.

Por fim, requer a Impugnante seja reformada a decisão recorrida com o deferimento da restituição pleiteada.

Ao apreciar o recurso de fls. 495 a 525, o Delegado da Deinf/RJO, à fl. 545, manteve o entendimento exteriorizado através do Parecer nº 31/2005 e respectivo Despacho Decisório (fls. 487 a 492), encaminhando o processo à SRRF/7ª Região, para que fosse apreciado o recurso interposto.

No despacho de fls. 546 a 548, em análise da preliminar argüida pela Impugnante, o superintendente da 7ª RF concluiu que não teria competência para julgar processo administrativo relativo à restituição e compensação de tributos e contribuições federais administrados pela RFB, posto que tem rito próprio (PAF), e que a Lei 9.784/1999 é de aplicação subsidiária.

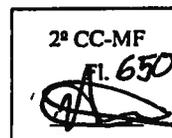
O processo foi encaminhado a esta Delegacia para julgamento.

Os membros da Delegacia da Receita Federal indeferiram a repetição pretendida em decisão assim ementada:

Assunto: Processo Administrativo Fiscal. //



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

Ementa: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. NÃO CABE DESCONSIDERAÇÃO.

Dentre as normas que disciplinam a restituição e a compensação de quantias recolhidas a título de tributo ou contribuição administrados pela Secretaria da Receita Federal, inexistente qualquer comando para que seja desconsiderado o pedido de restituição tido como juridicamente impossível.

PROCESSO RELATIVO À RESTITUIÇÃO.

SUBMISSÃO AO DECRETO Nº 70.235/1972.

O processo administrativo relativo à restituição submete-se ao rito processual previsto no Decreto nº 70.235/1972.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. RECOLHIMENTO CONFORME NORMA TRIBUTÁRIA APLICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Tendo sido o recolhimento efetuado nos exatos termos da norma tributária aplicável, não tendo a Contribuinte provimento judicial que afaste a aplicação da referida norma e estando esta ainda incluída em nosso ordenamento jurídico, não há que se falar na ocorrência de pagamento indevido. Inexistindo previsão legal para restituição de créditos tributários devidos e regularmente recolhidos, é de se considerar juridicamente impossível eventual pleito formulado neste sentido.

INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA LEGAL.

As arguições de inconstitucionalidade não são oponíveis na esfera administrativa, incumbindo ao Poder Judiciário apreciá-las.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/02/1999 a 30/04/2000

Ementa: COFINS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DECADÊNCIA.

O direito de pleitear a restituição de tributo pago em valor maior que o devido extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da data da extinção do crédito, assim entendida como sendo a do pagamento antecipado, nos casos de lançamento por homologação

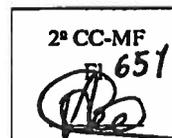
Solicitação Indeferida.

Inconformada com a decisão da DRJ em Rio de Janeiro - /RJ, a contribuinte recorreu a este Conselho, para tanto, reeditou, em síntese, os mesmos argumentos expendidos na manifestação de inconformidade.

É o relatório. *M*



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

**VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR
HENRIQUE PINHEIRO TORRES**

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, dele conhecido.

O cerne do litígio a ser aqui dirimido passa, primeiramente, pela questão do prazo para repetir eventuais indébitos dessa contribuição.

A recorrente trás, dentre outras, à discussão a tese dos 5 mais 5, na qual a contagem do prazo extintivo do direito de repetição só se iniciaria após a homologação do pagamento antecipado e se exauriria após o transcurso dos 05 anos, contados dessa data. A meu sentir, não lhe assiste razão, pois essa tese, apesar de haver arrebanhado adeptos de peso, inclusive, no Superior Tribunal de Justiça, onde, por algum tempo prevaleceu, não se coaduna com as normas do Código Tributário Nacional, que disciplina a matéria, senão vejamos:

O direito a repetição de indébito é assegurado aos contribuintes no artigo 165 do Código Tributário Nacional - CTN. Todavia, como todo e qualquer direito esse também tem prazo para ser exercido, *in casu*, 05 anos contados nos termos do artigo 168 do CTN, da seguinte forma:

I. da data de extinção do crédito tributário nas hipóteses:

a) de 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;

b) de erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

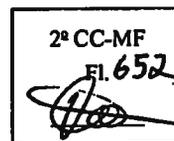
II. da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória nas hipóteses:

a) de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Como visto, duas são as datas que servem de marco inicial para contagem do prazo extintivo do direito de repetir o indébito, a de extinção do crédito tributário e a do trânsito em julgado de decisão administrativa ou judicial. Nos casos em que houvesse resolução do Senado suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional em controle difuso pelo STF, a jurisprudência dominante nos Conselhos de Contribuintes e, também, na Câmara Superior de Recursos Fiscais é no sentido de que o prazo para repetição de eventual indébito contava-se a partir da publicação do ato senatorial. Especificamente, para a hipótese de restituição de pagamentos efetuados a maior por força dos inconstitucionais Decretos-Leis 2.445/1988 e 2.449/1988, o marco inicial da contagem da prescrição, consoante a jurisprudência destes colegiados, é 10 de outubro de 1995, data de publicação da Resolução 49 do Senado da República. Quando se tratasse de repetição pertinente à norma declarada inconstitucional em controle concentrado, o termo inicial da prescrição seria deslocado para a data de publicação da



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes



Processo nº : 19740.000202/2005-39
Recurso nº : 140.600
Acórdão nº : 204-02.922

decisão da ADIn que expurgou a norma viciada do Sistema Jurídico. Entretanto, com a edição da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, cujo artigo 3º deu interpretação autêntica ao artigo 168, inciso I do Código Tributário Nacional, estabelecendo que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º da Lei 5.172/1966, o único entendimento possível é o trazido na novel Lei Complementar.

Esclareça-se, por oportuno, que em se tratando de norma expressamente interpretativa, deve ser obrigatoriamente aplicada aos casos não definitivamente julgados, por força do disposto no art. 106, I, do CTN.

Diante do exposto é de se considerar prescritos os créditos referentes a pagamentos efetuados até 08 de junho de 2000.

Na parte remanescente, melhor sorte não assiste à reclamante, pois com o advento da Lei 9.718/1999, a Cofins era exigida com base no faturamento assim entendido a receita bruta auferida mensalmente pela pessoa jurídica. Para afastar qualquer dúvida do que se deve entender por receita bruta, o § 1º do artigo 2º da Lei 9.718/1998 dispôs, expressamente, que receita bruta é 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.

Em relação à suposta inconstitucionalidade do aumento da base de cálculo da contribuição pela Lei 9.718/1998, alegada pela recorrente, é de observar-se que à autoridade administrativa não compete a apreciação da constitucionalidade das normas tributárias, vez que no Direito brasileiro, o controle de constitucionalidade das leis em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário. Com isso, não sendo declarada a inconstitucionalidade pelo Jurisdicional, com efeitos *erga omnes*, no controle concentrado de constitucionalidade, ou com efeito *inter partes*, no controle difuso, mas com resolução do Senado suspendendo a execução do dispositivo inquinado de inconstitucionalidade, a lei é válida e tem aplicação cogente em todo o território nacional..

Assim, como a citada lei não foi julgada inconstitucional, em controle concentrado, tampouco tivera sua execução suspensa por resolução do Senado, não se pode negar-lhe vigência. Com isso, a base de cálculo da Cofins, no período abrangido nestes autos, continuava a ser o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica. Por conseguinte, o indébito alegado pela reclamante não restou configurado.

Com essas razões, nego provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.

HENRIQUE PINHEIRO TORRES