



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

Processo nº 10384.003077/2005-41
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3403-002.011 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de março de 2013
Matéria COFINS
Recorrente FRIGOTIL FRIGORÍFICO DE TIMON S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DA MESMA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

A compensação apenas se concretiza por ato do contribuinte, de sorte que, se o contribuinte entende ter direito de crédito decorrente de ação judicial ou de pagamentos a maior realizados em outros períodos, deve lançar mão dos procedimentos adequados para promover a compensação.

No período posterior à IN 323/2003 a compensação entre tributos da mesma espécie deve ser feita por meio de Declaração de Compensação. No período anterior, a compensação de tributos da mesma espécie poderia ser feita por declaração em DCTF.

A ausência de formalização da compensação implica objetivamente em sua não existência.

COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECEITAS FINANCEIRAS.

O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições os juros ativos e receitas de investimentos financeiros.

MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE.

A multa de ofício é aplicada quando se configura a hipótese de falta de recolhimento, conforme previsto no art. 44, I da Lei nº 9430/96, visto que tal condição é aferida em relação ao momento em que foi iniciada a fiscalização

Recurso parcialmente provido para excluir do lançamento as receitas financeiras.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para excluir das bases de cálculo as receitas financeiras.

Antonio Carlos Atulim – Presidente

Ivan Allegretti – Relator

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Atulim, Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Rosaldo Trevisan, Marcos Tranches Ortiz e Ivan Allegretti.

Relatório

Trata-se de auto de infração (fls. 06/18 e-processo) que formaliza a exigência de Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) em relação aos fatos geradores ocorridos no período de junho de 2002 a março de 2005. A notificação ocorreu em 27/09/05 (fl. 06 e-processo).

Na descrição dos fatos que deram causa ao lançamento, além de terem sido constatadas divergências entre os valores declarados e os valores escriturados, consta ainda do auto de infração:

As diferenças tributárias abaixo alentadas, conforme constam de Planilhas e Demonstrativos específicos (Demonstrativo de Situação Fiscal Apurada e Apuração da COFINS, anexas ao presente Auto de Infração e das quais o contribuinte recebe cópias), foram apuradas em consequência da confrontação dos valores que lhes serviram de base de cálculo (Receitas Brutas contabilizadas consoante determinam as normas fiscais e tributárias vigentes) com os efetivamente recolhidos, liquidados ou compensados, legalmente. Estes, na verdade, são todos aqueles constantes das Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTESs) devidas, espontaneamente apresentadas pela empresa, quanto ao período sob auditoria contábil e fiscal e de verificações legais obrigatórias - Janeiro/2001 a Maio/2005; dos Processos Administrativos-Fiscais (10384.003483/2002-61, 10384.003486/2002-02 e 10384.003487/2002-49, que pleiteavam a compensação desta Contribuição com outros tributos que relacionam; das Declarações de Compensação e Pedidos de Ressarcimento ou Restituição e Declaração de Compensação (PER/DCOMP); de Documentos Comprobatórios de Compensação (DCCs) autorizados judicialmente e de Documentos de Arrecadação de Receitas Federais (DARFs).

Não foram considerados como liquidadas ou compensadas as diferenças apuradas quanto ao período de Junho/2002 a Março/2004, acobertadas pelos direitos creditórios concernentes ao Processo 1997.37.00.004019-6, tendo em vista que o contribuinte deixou de cumprir as formalidades legais necessárias para informar a esta Repartição sobre o pleito a que se julgava no direito. Ou seja, a empresa não apresentou as Declarações de Compensação e/ou os PER/DCOMP, referentes aos valores que queria compensar/liquidar, e que se faziam imprescindíveis à informação e credenciamento junto à Secretaria da Receita Federal, de conformidade com o que determinam as cominações legais pertinentes (Leis 9.430/96, art. 74, parágrafo 40. (quarto); 10.637/2002, artigo 49 e 10.833/2003, artigo 17) e, subsidiariamente, as Instruções Normativas SRF 210/2002, artigo 21, parágrafo 1º. (primeiro) e 376/2003, artigo 2º. (segundo), inciso IV.

O contribuinte apresentou impugnação (fls. 116/124-e) admitindo ter cometido um erro formal ao não proceder ao pedido eletrônico de compensação e não ter informado o pagamento por meio de compensação na DCTF. Mesmo assim, requer a revisão do lançamento efetuado, para que fiquem supridas as formalidades necessárias e efetivamente se proceda ao competente processo de compensação das exações em questão, de acordo com o art. 149, IV do CTN. Argumenta ainda, que a penalidade da multa é excessiva, visto que não houve dolo ou má-fé para lesar o Fisco, mas apenas um equívoco na forma de compensar o crédito a que fazia jus, proveniente do FINSOCIAL. Além disso, esclarece que as receitas arroladas na autuação procedem de pagamentos de juros sobre o capital próprio que a empresa recebe em decorrência de participações acionárias mantidas em outras sociedades, e que portanto, não poderia compor a base de cálculo da COFINS. Afirma que apenas deve incidir a contribuição social sobre a receita oriunda da comercialização de alimentos, sua atividade-fim.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Fortaleza/CE (DRJ), por meio do Acórdão nº 08-10.615, de 19 de abril de 2007 (fls. 142/149-e), considerou o lançamento procedente, conforme o entendimento assim resumido em sua ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2002, 2003, 2004, 2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NORMAS GERAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO - COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. RITO PROCEDIMENTAL. CRÉDITO RECONHECIDO JUDICIALMENTE - MULTA DE LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CABIMENTO - COMPOSIÇÃO DAS BASES IMPONÍVEIS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

A compensação realizada sem a observância das normas legais que disciplinam o instituto na legislação tributária não extingue os débitos que se pretendeu compensar. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Constatada a infração que resulta em falta de pagamento de tributo ou contribuição

social, cabe ao agente fiscal a formalização do crédito tributário, com a imposição da correspondente multa de ofício. A responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Improcede a alegação da defesa de que todos os valores que constituem as diferenças nas bases imponíveis da exação, apuradas no procedimento fiscal, decorreram de receitas submetidas à tributação por força do disposto no artigo 3º, da Lei nº 9.718, de 1998. Os órgãos julgadores da Administração Fazendária afastarão a aplicação de lei, tratado ou ato normativo federal, somente na hipótese de sua declaração de inconstitucionalidade, por decisão do Supremo Tribunal Federal. Quando essa declaração se dá em julgamento de recurso extraordinário, o afastamento fica condicionado à edição de resolução do Senado Federal, suspendendo a execução do dispositivo julgado inconstitucional.

Lançamento Procedente

O voto condutor do acórdão considerou relevante o fato de a própria defesa ter reconhecido o descumprimento das normas legais disciplinadoras do procedimento de compensação, destacando que não se trata apenas de “*meras formalidades a serem cumpridas pelo sujeito passivo, mas um rito procedimental por ele considerado indispensável ao controle da Administração quanto aos débitos tributários que se busca extinguir por meio do instituto da compensação, não só destinado a assegurar o cumprimento da norma pelos administrados, como, também, para proteger o interesse público contra eventuais desvios de comportamento que venham a lesar o erário. Assim, como a Autuada não comprovou a efetivação das compensações de acordo com as prescrições legais, os débitos permaneceram em aberto, cabendo, pois, à autoridade fiscal, a sua exigência, mediante a competente formalização do crédito tributário, nos termos do artigo 142 do CTN. não merecendo reparos o procedimento fiscal nesse aspecto; descabe, portanto, a pretendida revisão do lançamento pela autoridade julgadora, com base no artigo 149, IV, do aludido diploma legal.* (fl. 147-e).

A DRJ entendeu ainda o seguinte:

No que concerne ao alegado direito à compensação dos créditos relativos à contribuição para o FINSOCIAL, que já teria sido reconhecido pela Justiça Federal, em decisão passada em julgado, é de se observar que, conforme cópia da Certidão de fls. 117, o que transitou em julgado foi a ação ordinária de conhecimento do direito, autuada sob o nº 1997.37.00.004019-6; no entanto, a ação de execução, controlada no Processo nº 2003.37.00.000439-3, ainda se achava tramitando na data da expedição daquela certidão (01/09/2005) tendo a Fazenda Nacional apresentado embargos, conforme o seu teor.

Assim, a ora Impugnante não poderia pleitear a compensação de que se cuida – ainda que o fizesse com o estrito cumprimento das normas disciplinadoras da matéria – por expressa vedação legal, conforme comando contido no artigo 170-A, do CTN, introduzido pela Lei Complementar nº 104, de 2001

Quanto à multa, entendeu ser cabível, “*porque a atividade de lançamento é vinculada, não cabendo à autoridade fiscal perquerir acerca da aplicação de penalidades, quando constata infração à legislação tributária que implique na falta de pagamento de*

tributos e contribuições sociais, como no caso presente (artigo 142, do CTN combinado com o artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996); e, segundo, porque o próprio legislador complementar prescreveu que "(...) a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato" (CTN, artigo 136)" (fl.147 e-processo).

A propósito da inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 a DRJ entendeu o seguinte:

Não obstante o posicionamento da defesa acerca dos vícios que estariam contidos no dispositivo em questão, compulsando-se os autos, verifica-se que a Contribuinte havia computado nas bases de cálculo da COFINS as demais receitas auferidas nos períodos de apuração compreendidos na ação fiscal, uma vez que as divergências constatadas pelo Fisco, dizem respeito, basicamente, à ilegal compensação utilizada para extinguir os créditos tributários apurados pela empresa.

Ainda que se deva reconhecer o posicionamento do STF acerca da inconstitucionalidade da extensão do conceito de faturamento contida no artigo 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 357.950 RS, transitado em julgado em 05/09/2006, é de se ressaltar que, considerando que a declaração de inconstitucionalidade de que se trata foi proferida em sede de controle difuso, beneficia apenas a parte que ingressou com a ação, não tendo o pretendido efeito erga omnes.

Tanto que aquele Tribunal encaminhou, em 12/09/2006, cópia do Acórdão ao Presidente do Senado Federal, em cumprimento ao que dispõe o artigo 52, X, da CF/88, para fins de edição da correspondente resolução, suspendendo a execução do dispositivo dado com contrário ao ordenamento jurídico.

Assim, enquanto não editado o referido ato, não cabe à autoridade administrativa deixar de dar validade àquela norma, conforme dispõe o Decreto nº 2.346, de 1997.

Quanto à alegação de que as receitas arroladas na autuação são oriundas de pagamentos de juros sobre o capital próprio que ela recebe em decorrência de participações acionárias mantidas em outras sociedades, entendeu a DRJ que *"é de se destacar a ausência de prova do argumento da defesa, relacionada à natureza das outras receitas que compõem a base de cálculo da exigência, para confirmar a assertiva de que essas se referem, todas, aos alegados juros sobre o capital próprio, e justificariam as divergências naquela base impositiva apurada pelo autor do feito"*. (fl. 148 e-processo).

A DRJ, com base na análise dos demonstrativos anexos à impugnação, conclui que as diferenças nas bases de cálculo da COFINS nos períodos autuados são muito superiores ao total das *"Outras Receitas Auferidas"*, onde se conteria a rubrica contábil relacionada ao recebimento dos juros, de maneira que, *"ao contrário do que quer fazer crer a Impugnante, caso venham a ser afastados os valores decorrentes da aplicação do artigo 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, com a edição, pelo Senado Federal, de Resolução suspendendo a execução do dispositivo, ainda assim, remanesceria parcela substancial do crédito tributário formalizado, uma vez que, conforme já se afirmou, este derivou, em quase sua totalidade, das*

compensações efetuadas pela Autuada ao arrepio da lei, e não, da inobservância do aludido comando legal”.

A contribuinte interpôs recurso voluntário (fls. 159/170 e-processo) onde reitera os mesmos argumentos de sua impugnação, frisando que apenas as receitas advindas da comercialização de alimentos deveria integrar a base de cálculo da COFINS, sendo medida de justiça segregar os valores referentes à rubrica “Outras Receitas” por não advirem da atividade-fim da empresa.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivan Allegretti, Relator

O recurso é tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

1) A compensação.

A compensação apenas se concretiza por ato do contribuinte, de sorte que, se o contribuinte entende ter direito de crédito decorrente de uma determinada ação judicial, ou de pagamentos a maior realizados em outros períodos, deve lançar mão dos procedimentos administrativos adequados para promover a compensação.

O Recorrente reconhece em seu recurso voluntário que *“Conforme restou evidenciado na descrição dos fatos no presente auto de infração, a própria fiscalização expressamente afirmou que o Contribuinte procedeu erroneamente ao tentar compensar créditos fiscais a que faz jus, sem a observância dos procedimentos previstos pela Receita Federal, ou seja, sem ter realizado o pedido eletrônico de compensação, nem ter informado o pagamento da exacto através de compensação na DCTF.*

Ou seja, objetivamente o contribuinte não formalizou a compensação, nem por meio de Pedido ou Declaração de Compensação, nem por meio de DCTF ou de sua escrita fiscal.

No que se refere ao direito aplicável, sabe-se que apenas a partir da edição da IN SRF nº 323, de 24 de abril de 2003, que adicionou o parágrafo 6º ao art. 21 da IN SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, passou a ser exigida a apresentação de Declaração de Compensação para a realização da compensação entre tributos da mesma espécie.

Na redação anterior da IN SRF nº 210, de 30 de setembro de 2002, embora não se exigisse a apresentação do Pedido de Compensação para a compensação entre tributos da mesma espécie, tal compensação tinha de ser materializada e demonstrada por meio da DCTF, em cumprimento ao art. 74, § 1º da Lei nº 9.430/96.

Na vigência do art. 14 da IN SRF nº 21, de 10 de março de 1997, a compensação de tributos da mesma espécie poderia ser concretizada diretamente na contabilidade da pessoa jurídica, sem necessidade de pedido, declaração ou comunicação de qualquer espécie ao Fisco (Acórdão 105-17341, Rel. Cons. Waldir Veiga Rocha, j. 13/11/2008; Acórdão 107-09436, Rel. Cons. Luiz Martins Valero, j. 26/06/2008).

Em qualquer hipótese, portanto, a compensação não acontece de maneira espontânea – pelo simples fato de existirem créditos e débitos em relação ao contribuinte –,

sendo necessário e indispensável que o contribuinte concretizasse a compensação pelas vias próprias.

Neste caso concreto o Recorrente alega ter realizado a compensação entre 07/2002 e 04/2002, apenas controlando as compensações por meio de uma planilha avulsa (fl. 102-e), sem ter formalizado tais compensações em DCTF, nem em DCOMP.

A planilha do contribuinte não concretiza qualquer compensação.

O que ocorre, portanto, é que não foi concretizada a compensação. A compensação alegada pelo contribuinte não existe.

2) As receitas financeiras.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade deste alargamento, em decisão que foi resumida com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE - ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO - INSTITUTOS - EXPRESSÕES E VOCÁBULOS - SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - PIS - RECEITA BRUTA - NOÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.”

(Recurso Extraordinário nº 358.273, Rel. Min. Marco Aurélio)

Este entendimento do Plenário do STF deve aplicado em relação ao presente caso concreto, com amparo no art. 62, p.u., I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que dispõe o seguinte.

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Com razão, portanto, cuidou a Câmara Superior de Recursos Fiscais de aplicar o mesmo entendimento de mérito em âmbito administrativo, concluindo categoricamente que “*A base de cálculo das contribuições para o PIS e a Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006*” (Acórdão nº 02-03.757, j. 11/02/2009).

Neste mesmo sentido também já entendeu esta Eg. Câmara nos seguintes precedentes:

BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins é o faturamento, assim compreendido a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços, afastado o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 por sentença proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal em 09/11/2005, transitada em julgado em 29/09/2006.

(Acórdão 3403-00.312, Processo 10580.002107/2004-02, Rel. Cons. Antonio Carlos Atulim, j. 29/04/2010)

(...) BASE DE CÁLCULO. RECEITAS DISTINTAS DO FATURAMENTO. A base cálculo para apuração do PIS e a COFINS se restringe tão só ao faturamento da empresa, conforme decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal – STF, que declarou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.718/99, que promoveu o alargamento da base de cálculo destas contribuições. (...)

(Acórdão 3403-000.816, Processo 10680.720418/2005-00, Rel. Cons. Domingos de Sá Filho, j. 04/02/2011)

PIS, ART. 3º, § 1º DA LEI 9.718/98, AMPLIAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO, MANIFESTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL, EXISTÊNCIA, Em sede de reafirmação de jurisprudência em repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do conteúdo do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, conhecido como

alargamento da base de cálculo do PIS/Pasep e da Cofins, o que permite a este Conselho Administrativo aplicar esta interpretação, com fundamento no art. 26-A, § 6º, I do Decreto nº 70.235/72, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09. Recurso Provido em Parte

(Acórdão 3403-00.471, Processo 10384.003078/2005-95, Rel. Cons. Robson Jose Bayerl, j. 01/07/2010)

PIS. BASE DE CÁLCULO. ALARGAMENTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços.

RECEITA FINANCEIRA. ALUGUEL. SUBVENÇÕES E INCENTIVOS FISCAIS. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições, as receitas financeiras – assim compreendidos os descontos obtidos, dividendos e os ganhos de aplicações financeiras, bem como, em relação às “Outras Receitas Operacionais”, os valores correspondentes a locação, créditos presumidos de IPI e de ICMS e outros subsídios.

(Acórdão 3403-00.566, Processo 10410.004617/2002-04, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 29/09/2010)

(...)PIS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VARIAÇÃO CAMBIAL. O Plenário do STF declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, afastando o alargamento pretendido por este dispositivo e assim restringindo a base de cálculo da Contribuição para o PIS e da Cofins ao faturamento, assim compreendida a receita bruta da venda de mercadorias, de serviços e mercadorias e serviços. Não configuram receita da venda de bens e serviços, assim não se submetendo à incidência das contribuições as variações cambiais. (...)

(Acórdão 3403-000.081, Processo 18471.002940/2002-22, Rel. Cons. Ivan Allegretti, j. 03/02/2011)

O efeito prático da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, como visto, é o de apenas permitir que se inclua na base de cálculo de PIS/Cofins, apurados no regime cumulativo da Lei nº 9.718/98, o faturamento decorrente da prestação de serviços e da venda de mercadorias, não se podendo incluir outras receitas, tais como aquelas de natureza financeira.

Neste caso concreto, devem ser excluídos do lançamento os valores das receitas financeiras – tais como ganhos com juros ativos e receitas de investimentos.

3) A multa.

Quanto à multa de ofício, deve ser aplicada por configurar-se a hipótese de falta de recolhimento prevista no art. 44, I da Lei nº 9430/96, visto que tal condição é aferida em relação ao momento em que foi iniciada a fiscalização, não surtindo o efeito de desconfiguração desta infração os pagamentos e declarações promovidos depois de iniciada a fiscalização.

Não procede a alegação da contribuinte de que a multa de ofício não deveria ser aplicada porque não teria agido de má-fé, visto que a multa não se destina a punir a má-fé.

A multa de ofício configura sanção pelo fato do contribuinte não ter efetuado o recolhimento do valor devido.

O agente fiscal limitou-se a aplicar a legislação tributária vigente, levando a efeito a punição estipulada pelo legislador.

A lei não confere qualquer âmbito de discricionariedade ao agente administrativo, nem ao julgador, no tocante à dosimetria desta punição – ou se lhe aplica, ou não – sendo suficiente que se caracterize a situação descrita na lei para que haja a aplicação da punição, por dever de ofício.

Quando muito, poderia ser alegada a inconstitucionalidade da própria lei, o que necessariamente teria de ser feito por meio de ação judicial, tendo em vista que apenas o Poder Judiciário tem competência para afastar a aplicação de dispositivo de lei. Este Tribunal Administrativo não tem competência para afastar a aplicação de uma lei em vigor, que goza de presunção de constitucionalidade.

O entendimento a respeito deste tema foi consolidado na Súmula CARF nº 2. *“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.*

4) Conclusão.

Voto por dar parcial provimento para excluir do lançamento as receitas financeiras.

Ivan Allegretti

Relator

-

Relator

Processo nº 10384.003077/2005-41
Acórdão n.º **3403-002.011**

S3-C4T3
Fl. 183

CÓPIA