



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

Processo nº 10580.004534/2007-60
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **3001-000.446 – Turma Extraordinária / 1ª Turma**
Sessão de 14 de agosto de 2018
Matéria COFINS
Recorrente OFTALMOCLIN CLÍNICA OFTALMOLOGIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2002 a 30/03/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/09/2005, 01/11/2005 a 31/12/2005

RECEITAS FINANCEIRAS. INCONSTITUCIONALIDADE BASE DE CÁLCULO. JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. ART. 62A DO RICARF.

É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998. Precedente: RE 585.235- QO-RG, Plenário, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe de 28/11/2008, Tema nº 110 da Repercussão Geral.

PRESCRIÇÃO. TESE DOS 5+5. DECADÊNCIA

O prazo prescricional de 5 (cinco) anos, para as ações de repetição de indébito ou de compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, previsto na Lei Complementar nº 118/2005, é aplicável tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)
Orlando Rutigliani Berri - Presidente

(assinado digitalmente)
Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Orlando Rutigliani Berri, Cleber Magalhães, Renato Vieira de Avila e Francisco Martins Leite Cavalcante

Relatório

Adoto, por transcrição, o sintético e bem elaborado relatório do v. Acórdão recorrido (fls. 403/405), *verbis*.

Em decorrência de ação fiscal levada a efeito contra a contribuinte acima identificada, foi lavrado o auto de infração (fls. 03/14), que exige o recolhimento da Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social Cofins no valor de R\$ 7.740,79 (sete mil, setecentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), acrescida da multa de ofício e dos juros de mora, relativa aos períodos de apuração acima mencionados, tendo como fundamento legal os dispositivos mencionados as fls. 06 e 14.

O autuante, no "Termo de Verificação Fiscal" de fls. 18/21, informa, dentre outros fatos, que, com relação à base de cálculo da Cofins constatou na maioria dos meses diferenças entre os valores encontrados por essa fiscalização e os valores utilizados pelo contribuinte para apuração da contribuição, tendo elaborado com base no livro Razão da mesma o "Demonstrativo da Base de Cálculo da Cofins" no qual estão explicitadas as receitas auferidas, discriminadas de forma analítica. Que constatou também, ao fazer o confronto dos valores referentes as retenções na fonte da Cofins apresentada pela contribuinte com os valores informados nas Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte-DIRF, diferenças nos meses de abril/maio/julho/agosto/setembro/outubro/2004, tendo elaborado o "Demonstrativo das Diferenças de Valores Retidos na Fonte" e constituído de ofício tais diferenças, uma vez que não foram declaradas em DCTF nem tampouco pagas. Diz, com relação à ação judicial que a contribuinte, em atendimento ao "Termo de Início de Fiscalização" (fls. 32/33), informou que é parte no Mandado de Segurança nº 2002.33.00.007366-0/BA, que tem como impetrante o SINDHOSBA- Sindicato dos Hospitais e Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado da Bahia, e que, para comprovar sua participação apresentou as peças judiciais (cópia, fls. 35/61) e Declaração do referido Sindicato informando de que ela é associada ao mesmo desde abril de 1989 (cópia, fl. 36). Que em consulta ao site do TRF/laR verificou que, em 07/06/2005, a Sétima Turma desse Tribunal Federal deu, por unanimidade, provimento à Apelação e que, em 23/02/2007, o Acórdão foi publicado no Diário da Justiça, páginas 59 a 79. Concluindo, ao final, que constituiu os créditos tributários da Cans, conforme demonstrado no auto de infração em questão, por ter apurado valores desta contribuição maiores do que aqueles escriturados pela contribuinte, os quais não foram declarados em DCTF nem pagos, bem como de que não havia, no momento, decisão judicial impeditiva da cobrança da referida contribuição.

Instruindo os autos encontram-se os documentos de fls. 17/325.

Regularmente científicada (fl. 05) a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 327/353, instruída com os documentos de fls. 354/392, cujo teor é sintetizado a seguir.

Diz, após se referir a tempestividade de sua impugnação, assim como, ao auto de infração, que os valores devidos a título de Cofins não poderiam ter sido consolidados nos termos do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 9.718, de 1998, uma vez que a inclusão das chamadas receitas financeiras na base de cálculo da Cofins foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Recursos Extraordinários n's. 357950, 390840, 358273 e 346084; que, além do mais, a multa de ofício de 75% não poderia ter sido aplicada ao caso em questão, uma vez que a inexistência de recolhimento da Cofins foi autorizada por decisão proferida nos autos do MS nº 2002.33.00.007366- 0/BA, a qual, somente foi reformada em favor da Fazenda Nacional em 23/02/2007; que, em assim sendo, a multa aplicada as competências anteriores àquela data é ilegal, por afrontar o § 2º, do art. 63, da Lei nº 9.430, de 1996, que transcreve; na seqüência passa a discorrer, em extenso arrazoado, sobre a inconstitucionalidade da exigência da Cofins incidente sobre as receitas financeiras, citando, nesse sentido, além de dispositivos da CF, de 1988 e do CTN, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF); diz, também, da impossibilidade de aplicação de multa moratória enquanto vigorava a decisão judicial e ressalta a natureza confiscatória da multa aplicada; sustenta, após se referir aos trâmites do MS nº 2002.33.00.007366- 0/BA, que a fiscalização, sem levar em consideração o período em que ela se valeu da eficácia da referida ação judicial para deixar de recolher a Cofins, terminou por lhe aplicar a multa de 75%; que, se ela não estava em mora perante a Administração Pública, tendo em vista a já mencionada decisão judicial, é certo também de que não lhe poderia ter aplicado a multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento), concluindo, após falar da sua afronta aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e do não confisco, bem como depois de citar doutrina e jurisprudência, que a mesma tem caráter eminentemente confiscatória por exceder o limite de 20% (vinte por cento) aceito como sendo razoável pelo STF e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região; requer, ante ao exposto, que seja dado provimento a sua impugnação, a fim de seja anulado o crédito tributário da Cofins constante do auto de infração em questão.

Em face do despacho de fl. 393 o processo veio a esta DRJ/SDR, para julgamento.

Os membros da 4ª Turma da DRJ/SDR julgaram procedente a autuação (fls. 405/407), pelos fundamentos resumidos na seguinte ementa (fls. 402), *verbis*.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2002 a 30/04/2003, 01/06/2003 a 31/12/2003, 01/02/2004 a 30/09/2005, 01/11/2005 a 31/12/2005

NULIDADE. PRESSUPOSTOS.

Ensejam a nulidade apenas os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DE JULGAMENTO. COMPETÊNCIA.

Compete A autoridade administrativa de julgamento a análise da conformidade da atividade de lançamento com as normas vigentes, às quais não se pode, em âmbito administrativo, negar validade sob o argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade.

RECEITAS FINANCEIRAS.

A partir da vigência da Lei nº 9.718, de 1998, as receitas financeiras integram a base de cálculo da Cofins.

MULTA DE OFÍCIO. PERCENTUAL. LEGALIDADE.

O percentual de multa de lançamento de ofício é previsto legalmente, não cabendo sua graduação subjetiva em âmbito administrativo.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Apurada a falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, nos prazos previstos na legislação tributária é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

Lançamento Procedente

O contribuinte ingressou com longo Recurso Voluntário em 29 de outubro de 2010 (fls. 415/428), ilustrado com diversos documentos (fls. 429/443), seguido do Despacho SECAT/DRF Nº 0012/2010, de 04.01.2018, informando que "após ciência, em 087.10.2009 (fls. 424/425), do Acórdão nº 15-20.403/2009 da Delegacia da receita Federal de Julgamento em Salvador, o contribuinte supra citado interpôs Recurso Voluntário, em 29.10.2009, contra a decisão proferida no referido acórdão" (fls. 444).

Em seu recurso o contribuinte insistiu em sua tese de defesa de que a matéria já fora disciplinada pelo STF, alegando, em síntese, que "antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, ocorrido em 06/06/2007 o STF, desde 09/11/2005, já havia pacificado o entendimento da INCONSTITUCIONALIDADE do alargamento do conceito de faturamento promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei Federal nº 9.718/98 e a correlata ampliação da base de cálculo da COFINS", e prossegue (fls. 421/422), *verbis*.

Neste sentido, invoca a Recorrente os seguintes precedentes da Suprema Corte: RE 357950/RS, relator originário Min. Marco Aurélio e o RE 346084/RS, frisando, ainda, que aquela Corte constitucional firmou a repercussão geral da questão, consoante julgados a seguir colacionados:

"RECURSO. Extraordinário. Tributo.

Contribuição social.' PIS. COFINS.

Alargamento da base de cálculo. Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98. Inconstitucionalidade. Precedentes do Plenário (RE nº 346.084/PR, Rel. orig. Min. ILMAR GALVAO, DJ de 1º.9.2006; REs nos 357.950/RS, 354.273/RS e 390.840/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJ de 15.8.2006) Repercussão Geral do tema. Reconhecimento pelo Plenário. Recurso improvido. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS prevista no art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98." (RE 585235 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 10/09/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENTA VOL-02343-10 PP-02009)

"TRIBUTÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, § 1º, DA LEI 9.718/98. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÉNCIA DESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE. SOBRESTAMENTO DO FEITO. CASO DIVERSO DOS AUTOS. AGRAVO IMPROVIDO.

I. O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do RE 357.950/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º, da Lei 9.718/98, uma vez que a ampliação da base de cálculo da COFINS por lei ordinária violou o art. 195, I, da Constituição (redação anterior EC 20/98). Precedentes.

II - Pedido de sobrerestamento rejeitado.

III - Agravo regimental improvido." (AI 707772 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/ 2008, Dje-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-24 PP- 05218 RT v. 98, n.882, 2009, P. 128-130).

Prossegue citando vários doutrinadores e constitucionalistas, argumentando que as decisões pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser observadas, inclusive, pela esfera administrativa, e pugna pelo provimento do seu recurso para julgar insubsistente a autuação, sustentando finalmente (fls. 424), *verbis*.

A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias

E o relatório.

Voto

Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

O contribuinte foi cientificado do Acórdão recorrido, proferido em 29.09.2009 (fls. 402/408), somente em 07.10.2010, consoante Despacho SECAT/DRF N° 0012/20010 (fls. 444), e ingressou com Recurso voluntário em 29.10.2009 (fls. 415/429), sendo tempestivo o apelo e revestido das demais formalidades processuais, pelo que dele tomo conhecimento.

O cerne da questão diz respeito a legalidade (ou ilegalidade) da inclusão na base de cálculo da COFINS das receitas financeiras, de que cuida o § 1º, art. 3º, da Lei Federal nº 9.718/1998, utilizada pelo Acórdão recorrida para fundamentar sua decisão, enquanto a empresa sustenta que tal dispositivo, antes mesmo da autuação, já fora declarado retirado do mundo jurídico pela declaração de sua inconstitucionalidade por decisão unânime do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STJ e STF) é unânime e pacífica no sentido de que referida norma (§ 1º, art. 3º, da Lei Federal nº 9.718/1998) foi declarada inconstitucional, como se extrai da ementa do RE 638.413 AgR, Relator o eminentíssimo Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-088 DIVULG 12-05-2015 PUBLIC 13-05-2015, verbis.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS. ALARGAMENTO DA BASE DE CÁLCULO. ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI N° 9.718/1998. INCONSTITUCIONALIDADE. RE 585.235. TEMA N° 110 DA REPERCUSSÃO GERAL. PRAZO PRESCRICIONAL. LEI COMPLEMENTAR N° 118/2005. APLICAÇÃO APENAS ÀS AÇÕES AJUIZADAS APÓS 9/6/2005. RE 566.621. TEMA N° 4 DA REPERCUSSÃO GERAL. NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA CONTRIBUINTE. ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N° 282 E 356 DO STF.

1. É inconstitucional a ampliação da base de cálculo da Contribuição ao PIS e da COFINS prevista no artigo 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/1998. Precedente: RE 585.235-Plenário, Rel. Min. Cesar Peluso, DJe de 28/11/2008, Tema nº 110 da Repercussão Geral.

*2. O prazo prescricional de 5 (cinco) anos, para as ações de repetição de indébito ou de compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, previsto na Lei Complementar nº 118/2005, é aplicável tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.*

Precedente: RE 566.621, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJe de 11/10/2011, Tema nº 4 da Repercussão Geral.

3. *O Tribunal de origem não emitiu juízo sobre a natureza jurídica das atividades desenvolvidas pela empresa contribuinte. Além disso, não foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão. Ausente, portanto, o prequestionamento da controvérsia relativa ao enquadramento da empresa como instituição financeira.*

4. *O prequestionamento da matéria é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário. As Súmulas nº 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, verbis: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissio da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não podem ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.*

5. *In casu, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou: “AGRAVO INTERNO - TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO - LC 118/2005 - JURISPRUDÊNCIA DO STJ.*

A matéria relativa às alterações promovidas pela mencionada lei, no que se refere à ampliação da base de cálculo da COFINS e do PIS - art. 3º, § 1º-, foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (RE 346084), havendo-se declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9718/98. II - Agravo Interno improvido.”

6. *Agravo regimental DESPROVIDO.*

Reza o § 2º, art. 62, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - STF e pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543B e 543C da Lei 5.869/1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105/2015, do Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Neste sentido, é firme a jurisprudência das diversas Seções do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF e da própria Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, no sentido de determinar a exclusão das receitas financeiras da base de cálculo da Cofins, coerente com a jurisprudência predominante do STF, do STJ e da própria Câmara Superior de Recursos Fiscais, razão pela qual VOTO para dar provimento ao recurso do contribuinte.

(assinado digitalmente)
Conselheiro Francisco Martins Leite Cavalcante - Relator

