



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

Processo nº 10580.011432/2002-96
Recurso nº 132.462 Voluntário
Acórdão nº 3301-00.347 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de novembro de 2009
Matéria Cofins
Recorrente SOCIEDADE ANÔNIMA MOINHO DA BAHIA
Recorrida DRJ em SALVADOR - BA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/05/1997 a 31/05/1997, 01/12/1997 a 31/12/1997, 01/05/1998 a 31/05/1998, 01/10/1999 a 30/06/2002

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL.

A despeito da correta emissão do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, este se constitui documento de controle administrativo, visando, sobretudo, proporcionar segurança ao contribuinte, não tendo o condão de tornar nulo lançamento corretamente efetuado, sob pena de contrariar o Código Tributário Nacional e o Decreto 70.235/72, o que não se permite a uma Portaria.

COFINS. DECADÊNCIA.

Uma vez que o STF, por meio da Súmula Vinculante nº 8, considerou inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, há que se reconhecer a decadência em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional. Assim, o prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente à Cofins e ao PIS decai no prazo de cinco anos fixado pelo CTN, sendo, com fulcro no art. 150, § 4º, caso tenha havido antecipação de pagamento, inerente aos lançamentos por homologação, ou artigo 173, I, em caso contrário.

COMPENSAÇÃO ALEGADA.

Promover a compensação de créditos que a contribuinte possua é uma faculdade, cujo exercício há que ser provado.

COFINS. BASE DE CÁLCULO. RECEITA DA ATIVIDADE.

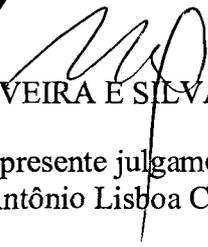
A inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, refere-se às receitas estanhas ao faturamento decorrente da atividade. Tendo a contribuinte modificado seu ramo de atuação, as contribuições alcançarão as receitas desta nova atividade.

Recurso Voluntário Provido Parcialmente.

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, dar parcial provimento ao recurso voluntário para cancelar o auto de infração, em relação ao fato gerador ocorrido em maio de 1997, mantendo-se a exigência para os demais períodos nos termos do voto do Relator.


JOSÉ ABÃO VITORINO DE MORAIS - Presidente


MAURICIO TAVEIRA E SILVA - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Maria Teresa Martínez López, Gustavo Kelly Alencar e Antônio Lisboa Cardoso.

Relatório

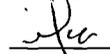
SOCIEDADE ANÔNIMA MOINHO DA BAHIA, devidamente qualificada nos autos, recorre a este Colegiado através do recurso de fls. 449/467 contra o Acórdão nº 07.780, de 29/07/2005, prolatado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador - BA, fls. 420/434, referente ao auto de infração de Cofins de fls. 08/10, em virtude de diferença apurada entre o valor escriturado e o declarado/pago, referente a períodos de apuração compreendidos entre maio de 1997 a junho de 2002, cuja ciência ocorreu em 24/10/2002 (fl. 08).

Conforme Termo de Verificação Fiscal - TVF, de fls. 16/17, no período de jan/97 a dez/99, a fiscalização apurou a base de cálculo relativa às receitas de vendas de mercadorias escrituradas nos Livros de Registro de Apuração de ICMS, cotejada com a contribuição declarada ou paga, conforme demonstrado nas planilhas que menciona.

A partir de janeiro de 2000, tendo em vista que a contribuinte locou seu parque fabril, suas receitas decorrem exclusivamente da prestação do serviço de locação de imóveis, as quais não foram informadas na DIPJ e declaradas parcialmente em DCTF. Instada a comprovar o recolhimento da diferença, a interessada forneceu planilha informando que compensou os valores da Cofins com créditos do Finsocial pago a maior no período de 1988 a 1991. Sendo-lhe requisitada a apresentar autorização administrativa ou judicial que fundamentasse a compensação alegada, não logrou atender. Na seqüência, lavrou-se o auto de infração.

Irresignada, a contribuinte apresentou, em 25/11/2002, impugnação de fls. 356/377, acompanhada dos documentos de fls. 378/416, aduzindo os seguintes argumentos:

1. irregularidade na emissão do MPF, o que constitui vício formal ensejando nulidade do ato, tendo sido surpreendida ao tomar ciência da extensão do auto de infração;



2. decadência quinquenal dos fatos geradores ocorridos antes de 30/09/1997, com fulcro no art.150, § 4º do CTN;

3. as compensações efetuadas constam das declarações do IRPJ dos anos de 1997, 1998, 1999, e nas DCTF, o valor recolhido, cabendo ao fisco declarar extinto o crédito conforme art.156, II do CTN, tendo compensado 95% dos valores devidos e recolhido 5% restante;

4. a planilha constante dos autos da ação ordinária nº 96.4697-2 exprime os valores recolhidos a maior do Finsocial mais que suficientes, no montante de R\$ 256.595,19, atualizado até 01/01/1996, para fazer face aos valores autuados nos anos de 1997, 1998 e 1999, no total de R\$ 111.308,28;

5. efetuou a compensação a partir de setembro de 1997, antes da restrição imposta pelo art. 170-A do CTN e autorizada no processo 96.4697-2, ratificada no Acórdão nº 2000.01.00.053270-9, sendo, portanto, válidas as compensações efetuadas com base no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, não tendo como retroagir a lei para alcançar atos jurídicos perfeitos;

6. a partir de janeiro/2000 deixou de ter faturamento, passando a obter receita somente da locação de bem imóvel que não integra a base de cálculo da Cofins, pois o alargamento promovido pela Lei nº 9.718/98 não pode alterar a base de cálculo que foi instituída pela LC nº 70/91, de hierarquia superior;

7. a locação de bens imóveis não se constitui prestação de imóveis e nem venda de bens, sendo este o entendimento do STF ao julgar o Recurso Extraordinário nº 116.121-3 declarou a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens imóveis" contida no item 78 do § 3º do art.50 da Lista de Serviços da Lei nº 3.750 do Município de Santos/SP desobrigando a empresa locadora de recolher ISS, sendo este também o posicionamento do STJ.

Alfim, protesta por todos os meios de prova e juntada posterior de documentos, bem como requer a extinção do crédito tributário dos anos de 1998 e 1999, em face do encontro de contas com base no crédito de Finsocial e caso não seja declarada a inexigibilidade da Cofins nos anos calendários de 2000, 2001 e 2002, sejam estes, de igual forma, extintos pela compensação.

A DRJ julgou procedente o lançamento cujo acórdão foi assim ementado:

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/05/1997 a 31/05/1997, 01/12/1997 a 31/12/1997, 01/05/1998 a 31/05/1998, 01/10/1999 a 30/06/2002

Ementa: NULIDADE. MPF-Complementar.

A falta do MPF-Complementar para ampliar o período de apuração previsto no MPF-F, bem assim sua ciência ao contribuinte, não acarreta a nulidade do lançamento relativamente aos períodos não alcançados pelo MPF-F, tendo em vista que este é documento de uso interno da SRF.



Não tendo ocorrido o disposto no art. 59 do Decreto n 70.235, de 1972, não há que se falar em anulação ou invalidação do auto de infração.

CONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

À autoridade administrativa falece competência para apreciar a constitucionalidade ou legalidade de legislação aplicável.

FALTA DE RECOLHIMENTO.

Apurada a falta de recolhimento da Cofins, é devida sua cobrança, com os encargos legais correspondentes.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO.

Ao Poder Judiciário, quando da análise do pleito relativo à compensação, incumbiu apenas declarar se os créditos pleiteados na ação eram compensáveis, devendo a liquidez e certeza dos créditos ser examinada na esfera administrativa, cabendo à autoridade administrativa, após diligência, e feito o encontro de débitos e créditos, a responsabilidade de extinguir ou não a obrigação.

DECADÊNCIA. COFINS.

O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo a Cofins é de 10 anos.

RECEITA DE ALUGUEIS. INCIDÊNCIA DA COFINS.

A partir da vigência da Lei nº 9.718, de 1998, integra o faturamento da empresa e constitui base de cálculo da Cofins as receitas auferidas com a locação de bens móveis, imóveis, próprios ou de terceiros, ainda que estas não constituam receitas operacionais da empresa.

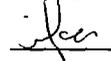
Lançamento Procedente.

Inconformada, a contribuinte protocolizou, tempestivamente, em 14/09/2005, recurso voluntário de fls. 449/467, no qual reitera a alegação de decadência, bem como, nulidade do ato por irregularidade no MPF. Insurge-se contra a decisão recorrida que considerou não comprovada a compensação alegada e, ainda, espécies diferentes de contribuições o Finsocial e a Cofins, além de manter o lançamento em relação às rendas de aluguel. Reitera pedido de apresentação de documentos e/ou diligência, de forma a comprovar a compensação alegada.

Por fim, requer seja reformada a decisão para:

1) Declarar nulo o Auto de Infração por ter sido lavrado com base em Mandado de Procedimento Fiscal - MPF relativo apenas à fiscalização de IRPJ e CSLL de janeiro de 1997 a dezembro de 1997, atingindo período não autorizado formalmente pelo Delegado da Receita Federal (de janeiro de 1998 a dezembro de 1999).

2) Declarar extinto pela decadência o tributo relativo ao fato gerador de 31.05.1997.



3) Declarar extinto o crédito tributário dos anos de 1998 e 1999, na forma do art. 156, II, do CTN, em face da compensação do crédito de FINSOCIAL pago a maior, oriundo de sentença transitada em julgado - processo nº 96.4697-2, 4ª Vara da Justiça Federal/Ba.

4) Reconhecer a inexigibilidade do crédito tributário relativo a COFINS, nos anos-calendário de 2000, 2001 e 2002, porque relativos a receitas não operacionais.

Por meio da Resolução nº 201-00.797, de 04/12/2008 (fls. 484/488), a então Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, converteu o julgamento do recurso em diligência para que a fiscalização intimasse a contribuinte a comprovar a veracidade da compensação alegada.

Em cumprimento ao solicitado, o fiscal diligente anexou os documentos de fls. 491/510 e elaborou o Relatório de Diligência de fls. 511/512, no qual consigna que intimado e reintimado a apresentar os documentos comprobatórios da compensação alegada a contribuinte tão somente apresentou novos argumentos de direito, sendo: inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98 e decadência quinquenal pelo afastamento dos dispositivos inconstitucionais da Lei nº 8.212/91.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MAURICIO TAVEIRA E SILVA, Relator

Os recursos são tempestivos, atendem aos requisitos de admissibilidade previstos em lei, razão pela qual, deles se conhece.

Preliminarmente analisa-se a alegação de nulidade do auto de infração, em decorrência de irregularidade no MPF, uma vez que este foi emitido em relação à fiscalização de IRPJ e CSLL de janeiro de 1997 a dezembro de 1997, atingindo período não autorizado formalmente pelo Delegado da Receita Federal (de janeiro de 1998 a dezembro de 1999).

Quanto aos MPF, embora suas emissões tenham sido efetuadas corretamente, diferente do que aduz a recorrente, eventuais falhas na emissão destes documentos não constituem nenhum óbice ao procedimento fiscal e muito menos acarreta a nulidade dos atos praticados, bem como não prejudica o lançamento, consubstanciado no auto de infração.

Registre-se, ainda, não proceder a afirmativa da contribuinte, uma vez que a fiscalização encontrava-se plenamente autorizada a efetuar os procedimentos fiscais necessários, de modo a proceder ao lançamento visando à constituição do crédito tributário., pois, conforme se verifica, encontra-se consignado no MPF, a título de Verificações Obrigatórias: "*correspondência entre os valores declarados e os valores apurados pelo sujeito*



passivo em sua escrituração contábil e fiscal, em relação aos tributos e contribuições administrados pela SRF, nos últimos cinco anos."

Ademais, o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, se constitui em instrumento de controle administrativo, visando, também, proporcionar segurança ao contribuinte, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal, possibilitando sua confirmação, via Internet. Não é pressuposto obrigatório de validade do lançamento, uma vez que os ditames de uma Portaria não podem se sobrepor às disposições do CTN e às do Decreto nº 70.235/72.

Esse é o entendimento do então Conselho de Contribuintes, conforme demonstram os acórdãos nº 103-22297; 202-15847; 105-15327; e 102-46676, cuja ementa deste, abaixo se transcreve:

NORMAS PROCESSUAIS - FALTA MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - INEXISTÊNCIA - A Portaria SRF nº 1.265, de 1999, que instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, em virtude do princípio da legalidade (CF, art. 5º, inc. II) e da hierarquia das leis, não se sobrepõe às disposições do Código Tributário Nacional - CTN, às do Decreto nº 70.235, de 1972, em especial às dos arts. 7º e 59, que versam, respectivamente, sobre o início do procedimento fiscal e sobre as hipóteses de nulidade do lançamento.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL - Disposições das Leis nºs 2.354, de 1954, e 10.793, de 2002 e do Decreto-Lei nº 2.225, de 1985, se sobrepõem à Portaria SRF nº 1.265, de 1999.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O Mandado de Procedimento Fiscal é apenas um instrumento gerencial de controle administrativo da atividade fiscal, que tem também como função oferecer segurança ao sujeito passivo, ao lhe fornecer informações sobre o procedimento fiscal contra ele instaurado e possibilitar-lhe confirmar, via Internet, a extensão da ação fiscal e se está sendo executada por servidores da Administração Tributária e por determinação desta. (Acórdão 102-46676; Recurso 136803; Relator José Oleskovicz; Data da Sessão 16/03/05).

Afastada a preliminar de nulidade decorrente do MPF, passa-se à análise da decadência.

Conforme é cediço, houve a edição da Súmula Vinculante nº 8, pelo STF, publicada em 20/06/2008, considerando inconstitucional o art. 45 da Lei nº 8.212/91, havendo que se reconhecer a decadência da Cofins e do PIS em conformidade com o disposto no Código Tributário Nacional.

Desse modo, o prazo para constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 150, § 4º, ou pelo artigo 173, I, ambos do CTN, consoante, respectivamente, ter havido pagamento antecipado ou não. No presente caso, verifica-se que houve pagamento, conforme Apuração de Débito de fl. 25. Deste modo, a decadência se verifica com fulcro no art. 150 § 4º do CTN.

Destarte, os fatos geradores anteriores a outubro de 1997, já se encontravam fulminados pela decadência à época do lançamento ocorrido em 24/10/2002 (fl. 08). Assim, no presente caso, a decadência alcança o fato gerador de maio de 1997.

A contribuinte alega que efetuou compensação de créditos de Finsocial com débitos da Cofins.

Registre-se que, ainda que a interessada tivesse decisão judicial que possibilita-se a compensação, esta deve ser submetida ao rito previsto nos arts. 12, § 7º e art. 17 da IN SRF nº 21/97, pois assim determinou o legislador no § 4º do art. 66 da Lei nº 8.383/91, quando criou a possibilidade de compensação, ao mencionar que o então "*Departamento da Receita Federal e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.*".

O trâmite previsto na precitada Instrução Normativa visa cientificar à administração da compensação efetuada dentro dos limites da decisão e em obediência às demais normas que regem o assunto. Como exemplo das questões a serem analisadas pode-se mencionar o critério de correção utilizado, a impossibilidade de efetuar a compensação antes do duplo grau de jurisdição, com fulcro no art. 475, inciso I do CPC, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 10.352/01, bem como a necessária comprovação do trânsito em julgado, conforme determina o art. 170-A do CTN.

Todavia, no presente caso, visando à comprovação do alegado, converteu-se o julgamento do recurso em diligência para que a fiscalização intimasse a contribuinte a comprovar a veracidade da compensação alegada. Conforme registrado no Relatório de Diligência de fls. 511/512, intimado e reintimado a apresentar os documentos comprobatórios da compensação mencionada a contribuinte tão somente apresentou novos argumentos de direito.

De se ressaltar que o fato de possuir o direito, não é suficiente para infirmar a autuação, pois, a prosperar essa tese, um contribuinte mal intencionado poderia deixar de pagar seus tributos no aguardo de sua extinção pela decadência e, caso fosse submetido a uma fiscalização, bastaria demonstrar a existência de créditos como forma de evitar a autuação, o que, por si só, fere a lógica e o senso comum.

Portanto, não prospera o argumento da interessada, pois, instada a comprovar a compensação alegada não trouxe aos autos qualquer prova de que exerceu seu direito e, de fato, efetuou a compensação, limitando-se a aduzir novos argumentos de direito.

A contribuinte menciona que a partir de janeiro/2000 deixou de ter faturamento, passando a obter receita somente da locação de bem imóvel que não integra a base de cálculo da Cofins, consoante declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98.

De se registrar que no âmbito desta Turma, ainda que a posição predominante seja de considerar indevida a inclusão na base de cálculo das receitas que não decorram do faturamento, esta não é unânime. Ademais, no presente caso, há outra consideração a ser feita. O reconhecimento da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo promovido pelo § 1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, não alcança a receita da atividade. Acaso um contribuinte

resolvesse captar e emprestar recursos financeiros, ainda que operando em desacordo com as normas do Sistema Financeiro Nacional, estaria obtendo receita financeira tributável pelo PIS e Cofins por se caracterizar como receita da atividade.

Nessa toada, do momento em que a contribuinte optou por locar suas instalações e passou a obter a sua receita de aluguel, esta atividade, ainda que diferente daquela constante de seu objeto social, passou a ser seu ramo de atividade, devendo, assim, integrar a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Portanto, na espécie, este argumento não merece prosperar.

Sendo essas as considerações que reputo suficientes e necessárias à resolução da lide, voto no sentido de **dar parcial provimento** ao recurso voluntário para cancelar o auto de infração, em relação ao fato gerador ocorrido em maio de 1997, uma vez que quanto a esse período, o crédito tributário já se encontrava extinto pela decadência à época do lançamento, conforme art. 156, V do CTN. Mantém-se, no mais, a decisão recorrida.

É como voto.


MAURÍCIO TAVEIRA E SILVA