



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

Processo nº 10665.000529/2007-48
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3402-006.143 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 31 de janeiro de 2019
Matéria COFINS-COMPENSAÇÃO
Recorrente MBL MATERIAIS BÁSICOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

COFINS. RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO

Sendo a Recorrente parte beneficiária de mandado de segurança preventivo que visou afastar o pagamento da COFINS pelo alargamento da base de cálculo prevista no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, é interrompido o prazo prescricional para restituir/compensar de valores pagos a maior durante o andamento do processo até o trânsito em julgado do provimento favorável, começando o prazo de prescrição a fluir a partir daí, e encerrando-se com o decurso de 5 anos, nos termos do art. 168, inciso II, do CTN e art. 219 do CPC.

COMPENSAÇÃO. COFINS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Aguardando Nova Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao Recurso Voluntário para: (i) afastar o fundamento original do despacho decisório para considerar não prescrito o direito ao crédito relacionado aos pagamentos realizados entre 19/05/1999 e 15/07/2002 e (ii) determinar que a autoridade fiscal de origem apure, por meio de novo despacho decisório, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo sujeito passivo quanto a este período (19/05/1999 e 15/07/2002).

(assinado digitalmente)

Waldir Navarro Bezerra - Presidente.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Waldir Navarro Bezerra (presidente da turma), Maria Aparecida Martins de Paula, Maysa de Sá Pittondo Deligne, Diego Diniz Ribeiro, Cynthia Elena de Campos, Thais de Laurentiis Galkowicz, Pedro Sousa Bispo e Rodrigo Mineiro Fernandes.

Relatório

Por bem relatar os fatos, adoto o Relatório da decisão recorrida com os devidos acréscimos:

A contribuinte aqui identificada requereu em 30/08/2007 junto à Delegacia da Receita Federal em Divinópolis/MG, a compensação de valores recolhidos a título de Cofins nos períodos de apuração de 01/01/1999 a 30/06/2002, alegando ganho judicial em processo no qual questionou a alteração da base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718, de 1998 (documentos de fls. 01/92). Para uso do mesmo crédito, também transmitiu as Dcomp de fls. 187/241.

A DRF Divinópolis, por intermédio do Despacho Decisório de 04/09/2008, às fls. 274/275, a par de ratificar entendimento da própria contribuinte de que o pedido não está amparado por medida judicial, deferiu parcialmente o pedido nos seguintes termos:

- em relação à parte dos pagamentos (anteriores a cinco anos da data da declaração de compensação), o direito de pleitear a compensação já estava prescrito;

- em relação aos demais pagamentos (não prescritos), apurou-se crédito menor do que o reclamado, em virtude de a contribuinte não haver considerado, na base de cálculo, os faturamentos relativos à receita com aluguel e venda de sucatas e óleo queimado (conta Rendas Diversas). Em seqüência, homologou-se parcialmente as compensações, considerando o crédito de cada recolhimento, apurado conforme planilhas de fls. 265/272.

Cientificada da decisão em 17/09/2008 (fl. 275v), a contribuinte manifestou sua inconformidade em 17/10/2008 (fls. 276/284), alegando, em síntese:

- em vista da decisão transitada em julgado que afastou a incidência das contribuições sobre a parcela de receitas que não corresponda ao faturamento, resta evidente que os valores dos recolhimentos sobre tais parcelas são classificados como “pagamento indevido de tributos administrados pela SRF”, e assim considerando-se o disposto no art. 74 da Lei 9.430/96, manifesta-se o seu direito de compensar tais valores;

- cita o § 10 do art. 26 da Instrução Normativa nº 600/05 para inferir que, se ao contribuinte que tenha apresentado pedido de restituição à SRF antes do transcurso do referido prazo (cinco anos), é deferida a possibilidade de apresentar a Declaração de Compensação, obviamente que se o mesmo comprovar que estava discutindo judicialmente a questão da incidência tributária, através de Mandado de

Segurança, e o trânsito em julgado somente ter ocorrido em 2006, também poderá apresentar tal Declaração;

- cita, ainda, o parágrafo único do art. 219 do CPC, esposando o entendimento de que o início de ação judicial interrompe o prazo prescricional para a restituição dos valores indevidamente recolhidos;

- como os valores indevidamente recolhidos foram reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, e os recolhimentos foram efetuados após a impetração do Mandado de Segurança, tem a Requerente assegurado o direito à sua compensação, citando jurisprudência do Conselho de Contribuintes;

- sobre as glosas procedidas pela DRF na apuração do crédito, alega que o Mandado de Segurança impetrado garantiu-lhe o direito de que a Cofins incidisse apenas sobre o Faturamento e não sobre a Receita Bruta. Assim, as receitas não-operacionais não seriam incluídas na base de cálculo da Cofins;

- a requerente possui imóveis em seu patrimônio, mas não tem por objeto social a locação de imóveis. Assim, as receitas decorrentes dos alugueis são não-operacionais, devendo as mesmas ser excluídas da base de cálculo da Cofins;

- a requerente possui ainda Sucatas, que são materiais utilizados em suas instalações e equipamento, e que, após desgastados deixam de ter utilidade para a requerente e são descartados. Esta sucata é revendida, mas por não fazer parte da atividade da Requerente, a receita obtida nesta operação também não é receita operacional;

- com relação ao óleo queimado, a Requerente informa que possui máquinas e caminhões, e quando da troca do óleo dos mesmos, este material é armazenado e posteriormente vendido para empresa autorizada pela Agência Nacional do Petróleo, para reciclagem evitando danos ao meio ambiente.

. a presente defesa alcança as declarações de compensação, que devem permanecer com exigibilidade suspensa na forma preconizada no § 11 do art. 74 da Lei 9.430/96, cumulado com o artigo 151 do CTN, até decisão final do presente processo.

Ato contínuo, a DRJ-BELO HORIZONTE (MG) julgou a Manifestação de Inconformidade do contribuinte nos seguintes termos:

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/06/2002

COMPENSAÇÃO.COFINS.

Somente são passíveis de restituição e compensação os créditos comprovadamente existentes, devendo estes gozar de liquidez e certeza.

Solicitação Indeferida.

Em seguida, devidamente notificada, a Recorrente interpôs o presente recurso voluntário pleiteando a reforma do acórdão.

Em seu Recurso Voluntário, a Empresa se insurgiu apenas quanto a dois pontos relacionados ao mérito, a saber:

a) Não homologação das compensações realizadas com créditos anteriores à 5 (cinco) anos; e

b) Homologação parcial das compensações realizadas por meio de Per/dcomp cujos créditos são advindos da receita com aluguel e venda de sucatas e óleo queimado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Pedro Sousa Bispo

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele se deve conhecer.

No processo se discute a não homologação de compensação fundada em ganho judicial no qual se questionou a alteração da base de cálculo da Cofins, promovida pela Lei nº 9.718, de 1998 (documentos de fls. 01/92).

Dois pontos são controvertidos nos autos que levaram ao indeferimento parcial do pleito da Recorrente:

a) Não homologação das compensações realizadas com créditos anteriores à 5 (cinco) anos por ocorrência de prescrição do direito creditório; e

b) Para o período não prescrito, homologação parcial das compensações realizadas por meio de Per/dcomp, cujos créditos são advindos da receita com aluguel e vendas de sucatas e óleo queimado.

Devidamente delimitada a lide, passa-se a análise das questões postas.

Prescrição do Direito Creditório

A Autoridade Fiscal constatou que parte dos pagamentos (anteriores a cinco anos da data da declaração de compensação em 30/08/2007), referente ao período de 10/02/1999 a 15/07/2002, já havia sido atingido pela prescrição, conforme consta no Despacho Decisório de 04/09/2008, às fls. 274/275.

Neste ponto, a Recorrente se defende alegando que efetuou a compensação dos seus débitos, com créditos de COFINS, adquiridos em função da sentença proferida no processo 1999.38.00.018923-I. Nesse processo decidiu-se que a COFINS incidiria apenas sobre o Faturamento, e não sobre a base de cálculo ampliada pelo no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, ensejando um crédito a ser aproveitado pelo contribuinte.

Argumenta a Recorrente que houve a interrupção da prescrição por força do ajuizamento da ação judicial na qual se discutiu a questão da incidência tributária da COFINS apenas sobre o Faturamento. Assim, o prazo prescricional só começaria a correr após o trânsito em julgado da referida ação, qual seja em 2006, conforme disposto no art. 219 do Código de

Processo Civil e 202 do Código Civil. Uma vez que apresentou a Declaração de Compensação em 2007, nenhum dos seus pagamentos estaria atingido pela prescrição.

Compulsando os autos, percebe-se que a referida ação trata de mandado de segurança preventivo impetrado em 19/05/1999 no qual se pede o afastamento da incidência das contribuições sobre as parcelas das receitas que não correspondam ao conceito de faturamento desde a data da impetração do MS. Independentemente do ajuizamento do mandado de segurança, a Recorrente continuou recolhendo as contribuições sobre a totalidade da receita bruta e depois que obteve provimento judicial favorável e transitado em julgado, apresentou Declaração de Compensação dentro do interstício de cinco anos a partir da data do trânsito em julgado.

A Autoridade Tributária indeferiu o pedido de compensação sob o argumento de que teria ocorrido a prescrição dos valores recolhidos no período de 10/02/1999 a 15/07/2002, uma vez que já teriam transcorridos mais de 5 anos quando a empresa apresentou o pedido de compensação. Afirma também que o mandado de segurança não interrompeu o prazo prescricional uma vez que nele não se discutiu a restituição de direito creditório ou pedido de compensação de valores.

Ocorre que o mandado de segurança utilizado pelo Contribuinte para afastamento do dispositivo legal (no parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98) foi o da modalidade preventiva. Nessa modalidade, o Contribuinte antecipa-se ao início da cobrança do tributo, impetrando o mandado de segurança após a publicação da lei e antes da prática de ato administrativo ao qual pudesse ser atribuída a pecha de violador do direito líquido e certo.

Uma vez ajuizada a demanda, se posteriormente o sujeito obtém a segurança em caráter definitivo para afastar a relação tributária decorrente do dispositivo legal questionado, todos os valores pagos indevidamente no transcorrer da ação geram um indébito passível de restituição/compensação que tem o seu prazo prescricional interrompido até que ocorra o trânsito em julgado da decisão. Caso prevalecesse o entendimento da Autoridade Fiscal, no sentido de não ocorrer a interrupção da prescrição, o Contribuinte ficaria a mercê da velocidade do judiciário para o deslinde do processo, ocorrendo o esvaziamento da tutela jurisdicional de conteúdo com risco de perecimento do direito pela prescrição.

Assim, por força do provimento judicial, o Contribuinte tem direito sim a restituição/compensação dos valores indevidamente pagos após o ajuizamento do mandado de segurança, por ventura existentes, independentemente desses temas terem sido discutidos no *mandamus*, com fundamento no art.219 do CPC, *in verbis*:

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

(negritos nossos)

Assim, aplica-se ao caso o prazo prescricional previsto no inciso II do art.168 da Lei nº 5.172. de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) de cinco anos, a partir do trânsito em julgado da decisão para aqueles valores recolhidos indevidamente após o ajuizamento da ação, *in verbis*:

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

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

*II - na hipótese do inciso III do artigo 165, 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.***

(negritos nossos)

Aos valores recolhidos antes do ajuizamento do mandado de segurança (19/05/99) e não constante do pedido, confirma-se a ocorrência de prescrição pela aplicação do prazo prescricional de restituição de 5 anos, contados da data da extinção do crédito tributário, nos termos estabelecidos nos arts.165. e 168, da Lei nº 5.172. de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional).

Lei nº5.172/66

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;

II - 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;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Dessa forma, afasta-se a ocorrência de prescrição para aqueles recolhimentos ocorridos no período de 19/05/99 a 15/07/2002, em consequência, deve o processo retornar à Unidade de Origem para que apure, por meio de novo despacho decisório, a liquidez e certeza do crédito pleiteado pelo sujeito passivo nesse período.

Glosa de créditos advindos da não inclusão de receita com aluguel, vendas de sucatas e óleo queimado na base da contribuição.

Conforme já consignado, o Contribuinte propôs e obteve êxito em ação cujo pedido foi o reconhecimento do direito ao afastamento da incidência da COFINS sobre as parcelas das receitas que não correspondam ao conceito de faturamento, nos termos da LC nº 70/91, e a conseqüente declaração de inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº9.718/98.

Com relação aos pagamentos não prescritos, a Autoridade Tributária entendeu que deveria compor a base de cálculo da COFINS os faturamentos relativos à receita com aluguel e venda de sucatas e óleo queimado registrados na contabilidade da Recorrente.

Segundo o entendimento do Auditor, o Mandado de Segurança impetrado garantiu-lhe o direito de que a Cofins incidisse apenas sobre o Faturamento, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza. Dessa forma, a exigência da contribuição deve ser afastada apenas sobre outras receitas não-operacionais, inclusive receitas financeiras, devendo, por outro lado, incidir sobre as receitas registradas nas rubricas citadas por serem decorrentes da atividade econômica operacional típica da empresa.

Consta no processo o objeto social da Recorrente (fl. 282) nos seguintes termos:

*“A exploração e o beneficiamento de jazidas minerais próprias no território nacional; indústria e comércio de brita, areia, cerâmica e/ou outros materiais básicos para construção civil; extração de minérios em jazidas de terceiros na condição de prestação de serviços; **arrendamentos de jazidas minerais, de máquinas, equipamentos e instalações a terceiros** ou de terceiros; podendo exercer paralelamente as atividades de transporte; indústria e **comércio de produtos siderúrgicos e sucatas em geral**; administração de projetos de reflorestamento próprios ou de terceiros e exportação de seus produtos.”* (grifos não são do original)

Resta evidente que as atividades de arrendamento de máquinas, equipamentos e instalações e comércio de sucatas fazem parte do seu objeto social. Se tais atividades são decorrentes da atividade econômica típica da empresa, devem compor o seu faturamento que servirá como base de cálculo da COFINS.

Ademais, percebe-se que na contabilidade juntada aos autos as receitas decorrentes de aluguéis e sucatas são registradas assiduamente pela Recorrente e não de forma esporádica, o que confirma que se tratam, pois, de receitas inerentes a atividade empresarial típica da Recorrente.

Nos termos da LC nº70/91 também há incidência da COFINS sobre a venda de óleo queimado, pois se trata no caso também de venda de subproduto compondo a base de cálculo da referida contribuição. Tal receita, da mesma forma, é registrada assiduamente pela Recorrente e não de forma esporádica, o que nos leva a crer que se trata, pois, de receita inerente a sua atividade empresarial típica.

Ressalte-se ainda, como bem disse o Julgador *a quo*, que o fato da atividade em questão não constar de seu contrato social, apesar de efetivamente exercida, não poderia uma irregularidade na situação jurídica opor-se à Fazenda Pública, evitando a incidência de tributos, a teor do art. 118, I, do CTN. Ao refletir a atividade econômica em geral, consistente na realização de operações ou atividades, eleva-se o faturamento a verdadeiro espelho da efetividade empresarial, incluindo não apenas os empreendimentos mercantis, mas também aqueles que envolvam a prática de atos jurídicos com conteúdo econômico.

Dessarte, entendo que a decisão judicial não se aplica sobre as receitas referentes a aluguel e venda de sucatas e óleo queimado, devendo, por isso, permanecer a cobrança da COFINS sobre tais parcelas de receitas.

Diante do exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Pedro Sousa Bispo - Relator