



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

Processo nº 10845.003014/2004-39
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 3301-004.792 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de julho de 2018
Matéria INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998
Recorrente TOYO JOYA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2002, 01/10/2003 a 30/11/2003
BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 3º DA LEI Nº 9.718/1998. FATURAMENTO. RECEITA OPERACIONAL.
Entende-se por faturamento, para fins de construção da base de cálculo da COFINS, o somatório das receitas oriundas da atividade operacional da pessoa jurídica, ou seja, aquelas decorrentes da prática das operações típicas previstas no seu objeto social. As receitas financeiras não compõem o faturamento de empresa do ramo de comércio e representação de materiais para construção.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo da COFINS, nos períodos de 10/2002 a 12/2002, 10/2003 e 11/2003, as receitas financeiras.

(assinado digitalmente)

Winderley Moraes Pereira - Presidente

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros Winderley Moraes Pereira (Presidente), Marcelo Costa Marques d'Oliveira, Valcir Gassen, Liziane Angelotti Meira, Antonio Carlos da Costa Cavalcanti Filho, Ari Vendramini, Salvador Cândido Brandão Junior e Semíramis de Oliveira Duro.

Relatório

Na origem, foi lavrado o auto de infração de e-fls. 02 a 11, pela DRF/Santos, em decorrência de falta/insuficiência de recolhimento da COFINS, constituindo exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 389.156,34, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses 01/2001 a 09/2001, 07/2002 a 11/2003, à multa de ofício de 75% e aos juros de mora calculados até 30/09/2004.

Relata a autoridade, no Termo de Verificação Fiscal, que:

No exercício regular das funções de Auditor Fiscal da Receita Federal, recebi o Registro de Procedimento Fiscal - Fiscalização nº 08.1.0600-2004-00243-7, que foi aberto em virtude dos processos administrativos 10845000707/2001-27 e 10845003112/2002-12.

O primeiro processo está relacionado com a ação judicial nº 2001.61.04.001315-1, na qual o contribuinte pediu a concessão de liminar em petição inicial datada de 20/02/01 visando proceder a compensação do crédito relativo ao FINSOCIAL pago a maior com as parcelas vencidas e ou vincendas relativas ao COFINS nos termos da Lei 8.383/91. Em 22/02/2001, a liminar foi indeferida e em 24/04/2001 foi julgado parcialmente procedente pedido formulado na inicial reconhecendo a prescrição relativa às parcelas devidas anteriormente a 21/02/91 e facultando a compensação das importâncias pagas indevidamente a título de FINSOCIAL pelas alíquotas majoradas com contribuições vincendas e vencidas relativas a COFINS.

Em 10/03/2003, foi publicado o acórdão pelo qual o Tribunal aplicou a prescrição quinquenal aos créditos, considerando como data inicial para a contagem do tempo o dia 02/04/93, data em que foi publicada a decisão do STF declarando constitucional o FINSOCIAL (Recurso Extraordinário 150.764-1 - PE). Portanto, concluímos que o interessado deveria ter pleiteado judicialmente o crédito até 02/04/98. Como somente em 21/02/2001 ele tomou esta providência, entendemos, que ele não tem direito a compensação.

Analisando as DCTF entregues pela empresa, observamos que entre os meses de janeiro e junho de 2001 a empresa declarou ter compensado COFINS com base na ação 2001.61.04.001315-1. Entre os meses de julho e setembro/2001, a empresa declarou ter compensado COFINS com base na ação 2001.61.04.001299-7 da 4ª VF Santos. Ocorre que esta ação permitiu a compensação de PIS com débitos do próprio PIS, e apenas após o trânsito em julgado da decisão, mas ainda não houve decisão de 2ª instância. Portanto as compensações efetuadas foram indevidas.

O contribuinte foi intimado em 03/09/2004 a apresentar demonstrativo de base de cálculo da COFINS, bem como demonstrativo dos tributos que deixaram de ser recolhidos em virtude da compensação efetuada com base no processo judicial em questão com respectivas bases de cálculo e períodos de apuração, certidão de objeto e pé, balancetes sintéticos. Em resposta, o contribuinte apresentou demonstrativo de base de cálculo informando que compensou a COFINS de 01/2001 a 09/2001, balancetes sintéticos de 01/00 a 12/01, cópia da sentença judicial, comprovante do CNPJ.

O segundo processo em análise identificado pelo número 10845003112/2002-12 está relacionado com a ação judicial 2002.61.04.004991-5, no qual o contribuinte pediu a concessão de liminar em petição inicial datada de 25/07/2002, visando recolher a COFINS nos termos da Lei Complementar 70/91, utilizando-se da alíquota de 2% sem a observância

da Lei Ordinária 9.718/98. Em 30/08/2002 a liminar foi indeferida e facultados depósitos judiciais. Em 17/02/03 foi julgado improcedente o pedido e denegada a segurança.

O contribuinte foi intimado em 03/09/2004 a apresentar demonstrativo de base de cálculo da COFINS de 01/02 a 01/04, depósitos judiciais efetuados, balancetes sintéticos e demais documentos. Em resposta, o contribuinte apresentou demonstrativo de Base de Cálculo informando que compensou os períodos de apuração 08/2003 e 09/2003 no processo 13863.000.282/2003-98, balancetes sintéticos, comprovante do CNPJ, comprovante de opção PAES.

Da Sociedade e Finalidade

A empresa Toyo Joya Materiais para Construção Ltda. tem por objeto a exploração do ramo de comércio e representação de materiais para construção.

Da apuração da COFINS

Analizando os demonstrativos de base de cálculo apresentados pelo contribuinte em comparação com os balancetes sintéticos, verificamos que o mesmo considerou como base de cálculo as vendas de mercadorias. Conforme a Lei 9.718/98, artigos 2º e 3º, a contribuição ao COFINS será calculada com base no faturamento que corresponde a receita bruta da pessoa jurídica excluindo-se as vendas canceladas, descontos incondicionais concedidos. Analisando os balancetes sintéticos fornecidos pelo contribuinte, verificamos que o mesmo ao elaborar a base de cálculo da COFINS não descontou as devoluções de vendas e não somou as receitas financeiras. Elaboramos um demonstrativo de base de cálculo considerando as vendas devolvidas e as receitas financeiras. Desta forma, lavramos o presente Auto de Infração relativo aos períodos de apuração 01/2001 a 09/2001 quando o contribuinte compensou indevidamente com crédito de FINSOCIAL conforme explicado anteriormente.

O Auto de Infração abrange também os períodos de apuração 07/2002 a 11/2003 relativos as diferenças entre os valores devidos e recolhidos. O contribuinte deixou de recolher a totalidade dos valores devidos de COFINS em função da ação judicial 200261040049915. O contribuinte informou nas DCTF relativas ao terceiro trimestre de 2002 ao quarto trimestre de 2003 da seguinte forma:

- 07/02 a 09/02: valor pago como pagamento e valor não pago na condição compensação sem DARF por liminar em Mandado de Segurança, processo 200261040049915.

- 10/02 a 12/02: informou apenas o valor pago sendo este valor menor que o devido.

- 01/03 a 07/03: valor pago como pagamento e valor não pago na condição outras compensações e deduções por liminar em Mandado de Segurança, no processo 200261040049915.

- 08/03 e 09/03: foi informado parte do débito como compensação de pagamento indevido ou a maior processo 13863000282200398 que foi indeferido o pedido e esta parte do débito já está cadastrada no PROFISC para cobrança e parte do débito como outras compensações e deduções, processo 200261040049915 - Liminar em Mandado de Segurança.

- 10/03 e 11/03: foi informado em DCTF apenas o valor pago sendo este menor que o devido.

Os valores informados como compensação por liminar em Mandado de Segurança, processo 200261040049915, não estão suspensos como vimos anteriormente, porque o contribuinte não obteve este direito na ação judicial sendo estes valores parte do presente Auto de Infração. Os valores compensados no processo 13863000282200398 não fazem parte do presente Auto de Infração.

Da aplicação de penalidades

Aplicamos a multa de ofício prevista no inciso I, do artigo 44 da Lei 9.430/96, incidente sobre a exação que deixou de ser recolhida.

Em impugnação, a empresa teceu os seguintes argumentos:

No que tange às compensações efetuadas com base no processo Mandado de Segurança nº 2001.61.04.001315-1, cabe ressaltar que essas estavam amparadas por decisão judicial de primeira instância, até 10/03/20103, quando a referida decisão foi reformada no TRF-3ª Região, foi interposto Recurso Especial com a finalidade de ver reconhecido o seu direito à compensação dos créditos relativos: ao lapso temporal de 10 (dez) anos após a ocorrência do fato gerador.

Enquanto não esgotada a via utilizada para o questionamento quanto à legalidade/constitucionalidade do crédito tributário constituído, não pode a autoridade fiscal dar início a qualquer procedimento tendente a proceder a sua cobrança, ou, caso o procedimento de cobrança já tenha iniciado, a efetivação de um desses atos, implica a imediata interrupção do referido procedimento.

No entanto, independentemente da exigibilidade dos créditos tributários relacionados, em relação ao período de apuração de 30/09/2001, consta como compensação indevida e consequente falta de pagamento, mas, conforme anexa cópia autêntica do Darf do período (doc.4, fl. 296), pode-se, comprovar que houve recolhimento da guia do período, tornando nula a sua cobrança.

Em que pese a exposição desses argumentos, efeito algum surgiria, eis que, o contribuinte autuado, ora Recorrente, é optante do PAES - Parcelamento Especial instituído pela Lei nº 10.684/2003, cujo Termo de Opção assinou e registrou na Secretaria da Receita Federal em 31/07/2003 conforme cópia da confirmação do Recebimento do Pedido de Parcelamento (fl. 297).

Quando da assinatura do referido Termo, o autuado incluiu no PAES, os débitos ora cobrados, estando no aguardo da consolidação por parte das autoridades administrativas fazendárias, cujos pagamentos das parcelas mensais e consecutivas e exigidas para a manutenção do PAES estão sendo efetuados em dia, como pode se depreender das cópias dos Darf anexas (doc. 07/14, fls. 299/304).

A compensação de créditos decorrentes de pagamento indevido ou a maior de tributos é um permissivo legal previsto no art. 66 da Lei 8.383/91, bem como nos art. 73 e 74 da Lei nº 9.430/1996, com regulamentação através da Instrução Normativa nº 21/1997 e alterações posteriores, editadas pela Secretaria da Receita Federal. O contribuinte que se enquadra nesta condição, tem o direito de compensar os tributos da mesma espécie do crédito original sem requerimento ao órgão competente; ou quando de espécie diferente, mediante requerimento.

O Poder Executivo no exercício de suas atribuições e em consonância com o art. 77 da Lei nº 9.430/1996 deveria se abster de constituir crédito tributário que verse sobre dispositivo declarado inconstitucional.

No caso concreto, não houve violação à lei, passível de aplicação de penalidade prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/1996, como fundamentou o Auditor Fiscal quando da aplicação da multa, alegando falta de recolhimento e/ou falta de declaração de contribuição.

A Impugnante não faltou com o recolhimento e nem tampouco com a declaração da contribuição, eis que requereu compensação da aludida contribuição, cuja decisão final encontrava-se pendente de julgamento. Em sendo assim, não houve infringência legal, não devendo ser a Impugnante penalizada através de multa de lançamento de ofício, em obediência ao art. 63 da Lei nº 9.430/ 1996; e

A aplicação da taxa SELIC, para a cobrança de juros de mora é matéria em discussão nos superiores tribunais do Poder Judiciário, tomando duvidável a sua aplicação.

A 4ª Turma da DRJ/RJII, no acórdão nº 13-19.434, deu provimento parcial à impugnação, com decisão assim ementada:

Assunto: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - Cofins

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/09/2001, 01/07/2002 a 30/11/2003

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

CONFISSÃO DE DÍVIDA. DCTF.

O documento que formalizar o cumprimento de obrigação acessória, comunicando a existência de crédito tributário, constituirá confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência do referido crédito. Os valores nele declarados, antes de iniciado o procedimento fiscal, não são objeto de lançamento de ofício.

DCTF. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO. MULTA DE OFÍCIO ISOLADA. ART. 18 DA MP Nº 135/2003.

A partir da vigência do art. 18 da MP nº 135/2003, as diferenças apuradas, em declaração prestada pelo sujeito passivo, decorrentes de compensação indevida não são mais objeto de lançamento de ofício. Apenas a multa isolada incidente sobre essas diferenças passou a ser objeto de lançamento de ofício, e somente nas hipóteses elencadas no citado dispositivo. É de se cancelar o lançamento efetuado em desacordo com a referida norma.

Assumo: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/10/2002 a 31/12/2002, 01/10/2003 a 30/11/2003

JUROS DE MORA. TAXA SELIC.

Por expressa disposição legal, os juros de mora serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic.

A DRJ cancelou o lançamento referente aos períodos de apuração 01/2001 a 09/2001, 07/2002 a 09/2002, 01/2003 a 09/2003, no montante de R\$ 153.993,32, bem como exonerou a multa de ofício e os juros de mora correspondentes, com a seguinte fundamentação:

44. Diante do informado pela Autuante no Termo de Verificação Fiscal de fls. 13/15, é de se inferir que os lançamentos efetuados da Cofins referentes aos períodos de apuração 01/2001 a 09/2001, 07/2002 a 09/2002, 01/2003 a 09/2003, foram motivados por diferenças apuradas em declaração prestada pela Autuada nas DCTF correspondentes, decorrentes de compensação indevida, ou seja, procedeu ao lançamento da Cofins na forma prescrita no art. 90 da MP nº 2.158-35/2001.

45. Ocorre que o lançamento em questão foi concluído em 25/10/2004 (fl. 282), ou seja, durante a vigência do art. 18 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, que restringe o lançamento à imposição de multa de ofício isolada sobre as diferenças apuradas decorrentes de compensação indevida, e apenas nas hipóteses nele elencadas.

46. Assim, deveria a Autuante, no caso de as compensações por ela tidas como indevidas se enquadrarem em uma das hipóteses previstas no art. 18 da Lei nº 10.833/2003, ter informado em qual das hipóteses elas se enquadrariam, e ter efetuado o lançamento de forma isolada da multa de ofício prevista nos incisos I e II ou no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, conforme fosse o caso.

47. Incorreto, portanto, os lançamentos efetuados da Cofins, referentes aos períodos de apuração 01/2001 a 09/2001, 07/2002 a 09/2002, 01/2003 a 09/2003, por estarem em desacordo com o art. 18 da Lei nº 10.833, de 29/12/2003, norma vigente à época em que foram concluídos, devendo ser cancelados na sua integralidade. Não obstante o cancelamento dos referidos lançamentos, cabe esclarecer que tais valores são plenamente exigíveis, visto que foram declarados nas DCTF correspondentes, devendo a Delegacia da jurisdição da Contribuinte, proceder à cobrança das diferenças apuradas, juntamente com os acréscimos legais pertinentes.

Em seu recurso voluntário, a empresa reitera os fundamentos de sua impugnação, acrescenta argumentos sobre a semestralidade do PIS, requer o afastamento da multa e juros de mora e defende a legitimidade de suas compensações. Ao final, conclui:

A Recorrente é credora legítima do Fisco por pagamento indevido ou a maior de contribuição social declarada como inconstitucional a fim de que seja reconhecido o direito da Recorrente a compensar o seu crédito oriundo de um pagamento "indevido e a maior", realizado a título de contribuição ao PIS, com seus débitos tributários vencidos e vincendos relativos a quaisquer tributos ou contribuições sob a administração da Secretaria da Receita Federal, pois assim, Nobres Conselheiros, estarão distribuindo a mais inteira JUSTIÇA.

A Recorrente tem o direito de pedir compensação dos seus créditos tributários das exações recolhidas indevidamente e a maior do PIS e do Finsocial com débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal, conforme Decreto 2137/98.

O Auto de Infração é improcedente, eis que, lavrado em face de créditos tributários de COFINS incluídos no Termo de Opção do REFIS, PAES e PAEX.

Tendo em vista que a multa de ofício e os juros de mora acompanham o principal, tornaram-se inexistentes, haja vista, que sua constituição baseou-se em crédito tributário inexistente.

Ante o exposto, a lavratura do Auto de Infração em objeto é totalmente improcedente, determinando a Vossas Excelências seu definitivo arquivamento.

Cumpre ressaltar que não houve autuação de PIS constituída neste presente processo.

A DRJ anexou aos autos o demonstrativo dos débitos que foram incluídos no programa de parcelamento PAES, comprovando que não estão lá postos os débitos deste processo administrativo.

Não houve juntada de documentos no recurso voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheira Semíramis de Oliveira Duro, Relatora

O recurso voluntário é tempestivo e reúne os pressupostos legais de interposição, dele, portanto, tomo conhecimento.

Quanto aos lançamentos referentes aos meses 10/2002 a 12/2002, 10/2003 e 11/2003, concordo com a decisão de piso no sentido de que foram efetuados corretamente, visto que os valores lançados representam diferenças apuradas da contribuição não declaradas e nem recolhidas, devendo ser mantida a cobrança.

Em seu recurso voluntário, a empresa não ataca a manutenção da autuação, especificamente, desses períodos, pois tece longo arrazoado sobre a legitimidade das compensações que efetuara. Ocorre que como já mencionado no relatório, as diferenças apontadas em decorrência das compensações eram dos períodos, cujos lançamentos já foram cancelados pela DRJ.

Dessa forma, a insuficiência de recolhimento da COFINS, apurada em procedimento fiscal, enseja de fato o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

Todavia, já está pacificada a matéria concernente à inconstitucionalidade do art. 3º, § 1º da Lei nº 9.718/98.

O alcance do termo faturamento abarcando a atividade empresarial típica restou assente no RE nº 585.235/MG, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema concernente ao alargamento da base de cálculo da COFINS prevista no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, reafirmando a jurisprudência consolidada pelo STF:

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 GALVÃO, DJ DE 1º.9.2006; REs nº 357.950/RS, 358.273/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.

No voto, o Ministro Cezar Peluso consignou:

O recurso extraordinário está submetido ao regime de repercussão geral e versa sobre tema cuja jurisprudência é consolidada nesta Corte, qual seja, a inconstitucionalidade do §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, que ampliou o conceito de receita bruta, violando, assim, a noção de faturamento pressuposta na redação original do art. 195, I, b, da Constituição da República, e cujo significado é o estrito de receita bruta das vendas de mercadorias e da prestação de serviços de qualquer natureza, ou seja, soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais...

Observe-se outros precedentes da Corte Suprema: RE 683.334 AgR, RE 390.840, RE 608.830-AgR; RE 621.652-AgR; RE 371.258-AgR; AI 716.675-AgR- AgR; AI 799.578-AgR; RE 656.284; ARE 643.823/PR; AI 776; ARE 645.618; RE 630.728; 621.675; RE 390.840; RE 654.840 e RE 641.052.

Dessa forma, considera-se receita bruta ou faturamento o que decorre da venda de mercadorias, da venda de serviços ou de mercadorias e serviços, não se considerando receita de natureza diversa. É o resultado econômico da atividade empresarial estatutária (operacional), que constitui a base de cálculo da COFINS.

Nesse contexto, observo que na base de cálculo da COFINS, conforme planilha anexada na e-fl. 13, foram inseridas as receitas financeiras da Recorrente.

Como a atividade societária da empresa é exploração do ramo de comércio e representação de materiais para construção, entendo que suas receitas financeiras não integram o seu faturamento. Mantidas, por conseguinte, a tributação sobre as receitas decorrentes da venda de mercadorias.

A decisão proferida pelo STF no RE nº 585.235/MG é de observância obrigatória por este órgão julgador, nos termos do art. 62, § 1º, I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343 de 9 de junho de 2015.

Por essa razão, de ofício, reconheço que devem ser excluídas da base de cálculo do lançamento dos períodos de 10/2002 a 12/2002, 10/2003 e 11/2003, as receitas financeiras.

Não merece acolhida o pleito de afastamento da multa de ofício, uma vez que constatada a hipótese legal de sua aplicação - a falta de recolhimento COFINS - a autoridade fiscal não só está autorizada como, por dever funcional, está obrigada a proceder ao lançamento de ofício da penalidade (art. 142 do CTN).

Quanto aos juros de mora, a Lei nº 9.430/1996 dispõe que os débitos com a União, decorrentes de tributos e contribuições, com fato gerador ocorrido a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos no vencimento, serão acrescidos de juros de mora à taxa Selic (art. 61).

Cite-se, ademais, a Súmula CARF nº 4:

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Logo, é devida a incidência dos juros.

Conclusão

Do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário, para excluir da base de cálculo da COFINS, nos períodos de 10/2002 a 12/2002, 10/2003 e 11/2003, as receitas financeiras.

(assinado digitalmente)

Semíramis de Oliveira Duro - Relatora