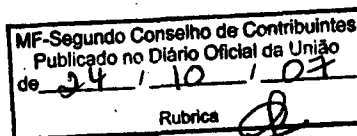




Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718



Recorrente : JENCO FOMENTO COMERCIAL LTDA.
Recorrida : DRJ em São Paulo - SP

COFINS. INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9718/98. Tratando-se de norma tributaria cuja vigência se deu após os períodos objeto do lançamento, não se há de tratar de matéria versando sobre a sua inconstitucionalidade por ser estranha ao litígio.

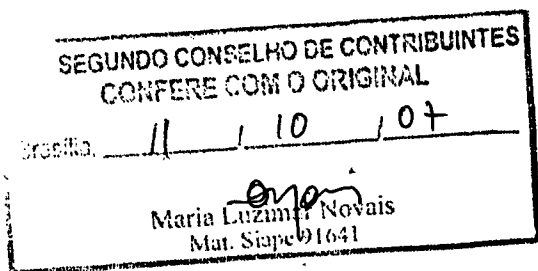
Recurso não conhecido.

DECADÊNCIA. O prazo para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à Cofins são de dez anos.

BASE DE CÁLCULO. A receita auferida no desempenho da atividade de "factoring", oriunda das compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços, constitui base de calculo da Cofins.

MULTA DE OFÍCIO. CONFISCO. A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades.

Recurso negado.



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por JENCO FOMENTO COMERCIAL LTDA.

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, I) por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, quanto a matéria estranha ao litígio; II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, na parte conhecida. Vencidos os Conselheiros Júlio César Alves Ramos e Mauro Wasilewski (Suplente) quanto a incidência da contribuição e o Conselheiro Airton Adelar Hack quanto a incidência da contribuição e a decadência.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.

Henrique Pinheiro Torres
Presidente

Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho e Leonardo Siade Manzan.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

11.10.02

11 10 02

Maria Luzimar Novais
Mat. Sape 91641

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

Recorrente : JENCO FOMENTO COMERCIAL LTDA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da DRJ em São Paulo – SP que a seguir transcrevo:

Trata-se de impugnação (fls. 27/44) apresentada por JENCO FOMENTO COMERCIAL LTDA., supra qualificada, contra o Auto de Infração de Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS (fls. 02/04).

1 Em consequência de procedimento de verificação do cumprimento das obrigações tributárias foi lavrado, em 17/04/2002, contra o contribuinte acima identificado, o Auto de Infração relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS para formalização e cobrança do crédito tributário no valor total de R\$ 10.133,15, incluindo os juros de mora e a multa de ofício (75%), referente aos fatos geradores ocorridos no período de 31/01/1996 a 31/12/1998. A autuada tomou ciência da autuação em 20/05/2002, conforme informa o Aviso de Recebimento (A.R.) de fls. 26.

2.1 De acordo com o disposto na Descrição dos Fatos e Enquadramento Legal (fls. 03/04) e no Termo de Verificação (fls. 15), o crédito tributário refere-se à FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS, e o lançamento está fundamentado nos artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/91; arts. 2º, 3º e 8º da Lei nº 9.718/98, com as alterações da Medida Provisória nº 1.807/99 e reedições.

2.2 No Termo de Verificação (fls. 15), o autuante, assim descreve os fatos:

“Dentro do trabalho de revisão interna das Declarações de IRPJ dos anos base de 1996 a 1998 dos contribuintes que apresentaram as referidas declarações com base de cálculo da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) inferior à da Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS), constatamos que o contribuinte acima não ofereceu a totalidade do seu faturamento declarado à tributação da COFINS.

DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS:

A COFINS, no caso das empresas de fomento comercial (Factoring), tem por base de cálculo o valor do faturamento mensal, assim entendido, a receita bruta auferida com a prestação cumulativa e contínua de serviços:

- a) de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos;*
- b) de administração de contas a pagar e a receber; e,*
- c) de aquisição de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços.*

Na hipótese do item c acima, o valor da receita a ser computado é o valor da diferença entre o valor de aquisição e o valor de face do título ou direito adquirido.

Tal entendimento tem por base a Lei Complementar nº 70, de 30/12/1991, os arts. 28, §1º, alínea “c4” e 36, inciso XV, da Lei nº 8981, de 20/01/1995, com as

152/12



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

ARQUIVO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 11 / 10 / 03
Maria Luzimar Novais
Mat. Sign. 91641

2º CC-MF
Fl.

alterações introduzidas pela Lei nº 9065 de 20/06/1995 e pelo art. 58 da Lei nº 9430, de 27/12/1996.

Esse entendimento foi ratificado por intermédio do Ato Declaratório Normativo Nº 31 de 24/12/1997 da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação, publicado em 29/12/1997 no D.O.U..

Com base na legislação aplicável, no caso de empresas de factoring não há diferença relevante entre as bases de cálculo do PIS e da COFINS, de forma que apuramos as divergências quanto à diferença de COFINS que deixou de ser lançada e declarada pelo contribuinte, conforme demonstrativo ANEXO”.

2. Irresignada com o lançamento, a autuada, devidamente representada por seu procurador (documentos de fls. 62/63), apresentou em 17/06/2002 a impugnação de fls. 27 a 44, alegando, em síntese:

2.1. que seria nulo o procedimento fiscal, pois o auto de infração foi confeccionado baseando-se apenas no confronto entre a base de cálculo da COFINS e a da contribuição ao PIS, e sem a prévia notificação do contribuinte;

2.2. que, nos termos do inc. I, do art. 173, do Código Tributário Nacional, os débitos de COFINS referentes aos meses de janeiro a dezembro de 1996 já estavam prescritos;

2.3. no mérito, alega o interessado que os incisos I e II do ADN nº 31/97 confirmam que o seu procedimento adotado quanto à apuração da COFINS estava correto; apenas com a Lei nº 9.718/98, que alcança tão-somente os fatos geradores a partir de fevereiro de 1999, é que a base de cálculo da COFINS e do PIS foram unificadas;

2.4. a Lei nº 9.718/98 alargou de forma indevida o conceito de faturamento, em afronta ao princípio da legalidade, e não é instrumento hábil para alterar mandamento hierarquicamente superior, a Lei Complementar nº 70/91, bem assim em afronta a conceito oriundo do direito privado;

2.5. a base de cálculo estabelecida pela LC nº 70/91 era apenas o faturamento da empresa, conceito do direito privado não suscetível de alteração por lei tributária (art. 110, CTN); a Lei nº 9.718/98, por sua vez, em realidade criou novo tributo, incidente sobre nova base, lembrando-se ainda que a EC nº 20/98 foi editada posteriormente; seria necessária a edição de uma Lei Complementar, nos termos inc. I, do art. 154, da CF/88;

2.6. por fim, alega o impugnante que a multa de ofício de 75% aplicada pela autoridade fiscal é excessiva e confiscatória.

É o Relatório.

A DRJ em São Paulo - SP manifestou-se no sentido de julgar procedente o lançamento, tendo sido a contribuinte cientificada da decisão em 31/01/07 e apresentado recurso voluntário em 27/02/07 reiterando as razões de defesa apresentadas na inicial.

É o relatório.



Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 10 / 07
Maria Luzimar Nevais
Mat. S/ape 91641

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA
NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso apresentado encontra-se revestido das formalidades cabíveis merecendo ser apreciado.

No que tange à nulidade argüida pela recorrente é de se observar que a lavratura de auto de infração não depende de prévia manifestação da contribuinte, sendo o direito de defesa, garantido pela CF, exercido no momento próprio que é o contencioso administrativo fiscal, não sendo, portanto nulo o Auto de Infração em comento.

Em relação à decadência do direito de constituir o crédito da Cofins, tem-se que seu prazo é de 10 anos, e não 5 anos, como alegou a impugnante. Observemos, o art. 150, §4º do CTN, que assim dispõe:

Art. 150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

.....
§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Como se verifica, a norma do CTN estipula regra geral de prazo à homologação, deixando facultado à lei a prerrogativa de estipular, de modo específico, prazo diverso para a ocorrência da extinção do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito.

A Cofins é contribuição destinada a financiar a Seguridade Social, nos termos do art. 195, inciso I da Constituição Federal, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991 e republicada em 11/04/1996, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, e cujo art. 45 prevê:

Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído; (...)

Desta forma, quando da lavratura do Auto de Infração em tela (20/05/02), ainda não decaía o direito de a Fazenda Pública efetuar o lançamento relativo aos períodos de janeiro/96 a dezembro/98, uma vez que a Peça Infracional foi lavrada antes de transcorridos os dez anos previstos na lei.

NB
4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília 11 / 10 / 07
Maria Luzimé Novais
Mat. Supl. 91641

2ª CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

Vale ressaltar aqui que a Segunda Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes, a larga maioria votou pelo reconhecimento do prazo decendial para a Cofins.

Verifica-se que idêntico posicionamento foi adotado pela Segunda Turma do STJ quando do julgamento do RESP 475559/SC, datado de 17/11/2003, tratando de contribuições previdenciárias, cuja ementa encontra-se assim transcrita:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CF/88 E LEI Nº 8.212/91. 1. A Constituição Federal de 1988 tornou indiscutível a natureza tributária das contribuições para a seguridade. A prescrição e decadência passaram a ser regidas pelo CTN cinco anos e, após o advento da Lei nº 8.212/91, esse prazo passou a ser decenal. 2. In casu, o débito relativo a parcelas não recolhidas pelo contribuinte referentes aos anos de 1989, 1990 e 1991, sendo a notificação fiscal datada de 07.04.97, acha-se atingido pela decadência, salvo quanto aos fatos geradores ocorridos a partir de 25 de julho de 1991, quando entrou em vigor o prazo decenal para a constituição do crédito previdenciário, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91. 3. Recurso Especial parcialmente provido.

Em relação à base de cálculo lançada e à legislação que a embasa é de se verificar que, de acordo com a LC 70/91 a Cofins seria de 2% e incidiria sobre o faturamento mensal assim considerado a receita bruta de vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza (art. 2º).

A Lei nº 8981/95, com as alterações dadas pelas Lei nº 9065/95 e 9430/96 determina que são receitas brutas das empresas de factoring aquelas obtidas com as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring):

Art. 28. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de cinco por cento sobre a receita bruta registrada na escrituração, auferida na atividade.

§ 1º Nas seguintes atividades, o percentual de que trata este artigo será de:

(...)

c) trinta por cento sobre a receita bruta auferida com as atividades de:

(...)



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 10 / 07
Marta Luíza de Azevedo
Nº 1.388.841

2ª CC-MF
Fl.

c.4) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

(...)

Art. 36. Estão obrigadas ao regime de tributação com base no lucro real as pessoas jurídicas:

XV - que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring).

O Factoring é uma atividade legal, mundialmente consagrada, amparada pela legislação, que presta serviços, variados e abrangentes, conjugados com a aquisição de direitos creditícios, com direito de regresso.

Por ser uma atividade singular, exige alto conhecimento técnico, portanto, deve ser praticada por empresa profissionalmente habilitada, especializada, e destina-se a fomentar a atividade de pequenas e médias empresas, e de pessoas físicas equiparadas as jurídicas.

Sendo assim, a atividade de Factoring engloba:

- compra de direitos creditícios - Cheques pré datados, Duplicatas, etc.; parceria no financiamento das vendas a prazo dos produtos e serviços de seus clientes; e
- prestação de serviços variados, nas áreas de crédito, marketing, alavancagem mercadológica, além de constante aconselhamento técnico administrativo.

Todas as atividades acima relacionadas quando praticadas pelas empresas de factoring representam receitas operacionais, por fazerem parte do objetivo social da empresa, e devem sofrer a tributação da Cofins.

Vale ressaltar que na seara da seguridade social, é a própria Constituição Federal que fixa diretriz que deve nortear todo o sistema, enaltecendo regra elevada à categoria de princípio, do qual não pode fugir o legislador ordinário: o princípio da universalidade do custeio.

Com efeito, esse é o comando inserto no art. 195 da Carta:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro.

Para não deixar dúvidas sobre a amplitude desse princípio, cuidou o legislador constituinte de lá explicitar as únicas categorias exoneradas desse encargo, escrevendo regra de imunidade vinculada ao citado art. 195, qual seja, apenas estão imunes das contribuições para a

11/10/07
6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília: 11 / 10 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Supl. 91641

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei.

Depreende-se daí que a Carta Magna determina expressamente que toda a sociedade deverá financiar a seguridade social exatamente pela vinculação que há entre arrecadação destas contribuições e a finalidade específica de financiar a seguridade social, benefício este de toda a sociedade, razão pela qual é de se concluir que toda a sociedade deve financiar a seguridade social, por se tratar de bem constitucional relevante.

No que diz respeito aos argumentos acerca da inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98 é de se verificar que os fatos geradores objeto do lançamento são anteriores à vigência desta lei, razão pela qual não se analisará o argumento da recorrente por ser matéria estranha à lide.

Cumpre, a esse passo, afastar também o argumento de que houve confisco, em virtude da aplicação, pela Auditoria-Fiscal, da penalidade de 75% da contribuição. A limitação constitucional que veda a utilização de tributo com efeito de confisco não se refere às penalidades. E a penalidade de 75% da contribuição, para aquele que infringe norma legal tributária, não pode ser entendida como confisco.

O não recolhimento da contribuição (base da autuação ora em comento) caracteriza uma infração à ordem jurídica. A inobservância da norma jurídica importa em sanção, aplicável coercitivamente, visando evitar ou reparar o dano que lhe é conseqüente.

Ressalte-se que em nosso sistema jurídico as leis gozam da presunção de constitucionalidade, sendo impróprio acusar de confiscatória a sanção em exame, quando é sabido que, nas limitações ao poder de tributar, o que a Constituição veda é a utilização de tributo com efeito de confisco. Esta limitação não se aplica às sanções, que atingem tão-somente os autores de infrações tributárias plenamente caracterizadas, e não a totalidade dos contribuintes.

A seu turno, o Código Tributário Nacional autoriza o lançamento de ofício no inciso V do art. 149, *litteris*:

Art. 149. O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

.....

V - quando se comprove omissão ou inexactidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte.

O artigo seguinte - 150 - citado ao término do inciso V acima transcrito, trata do lançamento por homologação. A não antecipação do pagamento, prevista no *caput* deste artigo, caracteriza a omissão prevista no inciso citado, o que autoriza o lançamento de ofício, com aplicação da multa de ofício.

Quanto a alegada agressão a capacidade contributiva da autuada, deve ser ressaltado que o princípio constitucional da capacidade contributiva é dirigida ao legislador infra-constitucional, a quem compete observá-lo quando da fixação dos parâmetros de incidência, alíquota e base de cálculo. A competência da administração resume-se em verificar o cumprimento das leis vigentes no ordenamento jurídico, exigindo o seu cumprimento quando violadas, como é o caso vertente.

[Assinatura]
7



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 10880.004708/2002-03
Recurso nº : 138.841
Acórdão nº : 204-02.718

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 11 / 10 / 07
Maria Luzimar Novais
Mat. Supl. 21841

2º CC-MF
Fl.

Assim sendo, estando a situação fática apresentada perfeitamente tipificada e enquadrada no art. 44, da Lei nº 9.430/96, que a insere no campo das infrações tributárias, outro não poderia ser o procedimento da fiscalização, senão o de aplicar a penalidade a ela correspondente, definida e especificada na lei.

Art. 44 - Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

Diante do exposto, voto por não conhecer do recurso em relação à matéria estranha ao litígio, qual seja: inconstitucionalidade da Lei nº 9718/98 e, em relação às matérias conhecidas, por negar provimento, nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 16 de agosto de 2007.

NAYRA BASTOS MANATTA