



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

Processo n° 11065.002655/2005-05
Recurso n° 909.614 Voluntário
Acórdão n° **3302-002.010 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 19 de março de 2013
Matéria COFINS NÃO CUMULATIVA - AUTO DE INFRAÇÃO
Recorrente MADEF S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/10/2004

COFINS. TRANSFERÊNCIA DE CRÉDITOS DE ICMS. BASE DE CÁLCULO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

REPERCUSSÃO GERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SOBRESTAMENTO.

Somente implicam sobrestamento do julgamento de processos administrativos no âmbito do Carf as matérias com repercussão geral declarada pelo Supremo Tribunal Federal em que tenha sido determinado pelo Tribunal o sobrestamento dos recursos extraordinários pendentes de julgamento.

SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA. REQUISITOS LEGAIS.

Considera-se não formulada a solicitação de perícia efetuada sem a observância dos requisitos legais e que, na essência, é desnecessária ao deslinde da questão.

RECURSO. ALEGAÇÕES. PROVA.

As alegações apresentadas na impugnação e no recurso devem ser específica e habilmente provadas.

DILIGÊNCIA. GLOSAS INDEVIDAS E DEMAIS APURAÇÕES DE FATO. PROVA.

A diligência, não contestada pelo recorrente, representa prova definitiva relativamente aos valores de créditos glosados e demais apurações de fatos contestados no recurso.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/10/2004

ACRÉSCIMOS A OBRIGAÇÕES FISCAIS. DESPESAS FINANCEIRAS. NATUREZA DISTINTA.

Os acréscimos legais incidentes sobre obrigações fiscais não se caracterizam como despesas financeiras para efeito de exclusão da base de cálculo da contribuição.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos,

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termo do voto do relator. Vencidos os conselheiros Alexandre Gomes e Fabiola Cassiano Keramidas, que davam provimento parcial para excluir da base de cálculo a receita de transferência de crédito de ICMS.

(Assinado digitalmente)

Walber José da Silva – Presidente

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco – Redator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Walber José da Silva, José Antonio Francisco, Fabiola Cassiano Keramidas, Maria da Conceição Arnaldo Jacó, Alexandre Gomes e Jonathan Barros Vita.

Relatório

Trata-se de retorno de diligência, aprovada pela Resolução n. 3302-00.204, de 22 de março de 2012 (fls. 397 e segs.), cujo relatório foi o seguinte:

Trata-se de recurso voluntário (fls. 384 a 392(e-Processo)) apresentado em 10 de fevereiro de 2011 contra o Acórdão no 1028.502, de 19 de novembro de 2010, da 2ª Turma da DRJ/POA (fls. 370 a 372), cientificado em 13 de janeiro de 2011, que, relativamente a auto de infração de Cofins dos períodos de fevereiro a outubro de 2004, considerou improcedente a impugnação da Interessada, nos termos de sua ementa, a seguir reproduzida:

“Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

“Período de apuração: 01/02/2004 a 31/12/2004

“BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS DE CRÉDITOS DE ICMS

“A cessão de direitos de ICMS compõe a receita do contribuinte, sendo base de cálculo para o PIS/PASEP e a COFINS até a vigência dos arts. 7, 8 e 9º da Medida Provisória 451, de 15 de dezembro de 2008.

“DESPESAS FINANCEIRAS.

“Como as despesas financeiras apontadas não decorrem de empréstimos e financiamentos, o respectivo creditamento deve ser desconsiderado pela fiscalização.

“SOLICITAÇÃO DE PERÍCIA.

“Considera-se não formulada a solicitação de perícia efetuada sem a observância dos requisitos legais e que, na essência, é desnecessária ao deslinde da questão.

“Impugnação Improcedente”

O auto de infração foi lavrado em 26 de julho de 2005, de acordo com o termo de fls. 75 a 92.

As infrações referiram-se a não inclusão na base de cálculo da contribuição as “receitas com créditos de ICMS transferidas a terceiros” (cessão de créditos), de parte das receitas de vendas de produtos e serviços, das receitas operacionais. Além disso, teria havido exclusão indevida (como créditos) de despesas financeiras (decorrentes de empréstimos e financiamentos), irregularidades na apuração dos bens utilizados como insumos e nos encargos de depreciação e outros valores utilizados como créditos. Finalmente, apurou-se incorreção no saldo de créditos do mês anterior, crédito presumido do estoque de abertura e valores excluídos da base de cálculo a título de devoluções de vendas no mercado interno.

A Primeira Instância assim resumiu o litígio:

“Cientificada, a interessada apresentou, tempestivamente, a impugnação de fls. 103 a 368,, na qual alegou, em síntese:

“- Que as transferências de créditos de ICMS para terceiros não podem compor a base de cálculo do PIS e da Cofins pois se tratariam de operações onde não há ingresso de receita tributável. Argumenta que tais operações estariam abrangidas pelo benefício tributário da isenção de impostos e contribuições, em razão de sua vinculação às exportações realizadas pela impugnante. Acrescenta que nas cessões de créditos realizadas o que ocorreu foi a quitação de dívidas com fornecedores.

“- Entende como indevidas parte das divergências constatadas nas receitas de venda no mercado interno, reclama que a fiscalização não teria realizado uma análise aprofundada das operações realizadas pela empresa e apenas teria se baseado nas informações apresentadas pela impugnante. Aponta que somente nos meses de agosto e setembro de 2004 existiriam diferenças entre a receita contábil e o valor declarado na DACON. Esclarece que parte das diferenças apuradas pela

fiscalização é oriunda da tributação de vendas para entrega futura, que entende como indevida, pois nestes casos a entrega do bem não ocorre no momento da emissão da nota fiscal. No caso, informa que o reconhecimento da receita de venda ocorre apenas após a conclusão do processo de fabricação, com a efetiva entrega do bem ao cliente.

“- Da mesma forma, também considera equivocado o entendimento da fiscalização que apontou divergências nas receitas operacionais tributadas, afirma que planilhas anexas comprovariam a sua correta apuração da base de cálculo das contribuições.

“- Sobre a utilização indevida de créditos oriundos de despesas financeiras, defende a legalidade do creditamento sobre as despesas financeiras decorrentes dos parcelamentos fiscais em face da inexistência de vedação legal expressa. Acrescenta que existiria ação judicial pendente no STF acerca da constituição da Selic como taxa de juros.

“- Contesta as divergências apuradas nos valores creditados a título de bens utilizados como insumos. Argumenta que a fiscalização teria se restringido a apurar as aquisições de insumos registrados nos CFOPs 1.101, 2.101, 5.201 e 6.201 e reclama que também deveriam ser considerados os valores registrados em outros CFOPs, que constariam na DACON e requer a realização de perícia técnica.

“- Contesta, também, as divergências apuradas nos encargos de depreciação e de outros valores com direito a crédito, afirma que não teria havido o uso indevido de encargos de depreciação ou de outros valores creditados por parte da impugnante e novamente requer a realização de perícia para demonstrar os corretos lançamentos efetuados pelo impugnante.

“- Discorda dos valores autuados pela fiscalização, referentes aos saldos de créditos do mês anterior apurados indevidamente pela fiscalizada, conforme item 2.2.5 do relatório fiscal, fl. 85. Para justificar sua inconformidade, procede a reconstituição dos saldos credores mensais desde dezembro de 2002 e procura demonstrar, através de planilhas, que o efeito das divergências constatadas não seria suficiente para reverter os créditos tributários informados nas DACON's.

“- Discorda de alguns dos lançamentos relativos à exclusão indevida da base de cálculo de valores relativos à devoluções de vendas no mercado interno. Para demonstrar sua divergência, procede à reconstituição do montante das devoluções de venda no mercado interno, através de planilha, para contestar os valores apontados pela fiscalização e ao final requer, a aferição por perícia a ser deferida.

“Ao final, reitera seus argumentos no sentido de que a fiscalização teria considerado apenas as planilhas juntadas quando de sua diligência, em detrimento aos valores consignados na contabilidade da impugnante.

“Considera que estes últimos teriam o valor necessário para a fundamentação do presente Auto de Infração e requer a

realização de diligência fiscal com o acompanhamento de perito da empresa, que indica e nomeia.

“Conclui com o pedido de declaração da insubsistência do Auto de Infração em epígrafe e requer a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos.”

No recurso, inicialmente a Interessada alegou contestar a totalidade do lançamento.

Contestou a inclusão das transferências de créditos de ICMS na base de cálculo da contribuição.

Quanto às mercadorias não entregues, apresentou tabela e alegou haver diferenças menores do que as apuradas pela Fiscalização. Alegou que partes das diferenças referir-se-iam a vendas para entrega futura, em que “as notas fiscais de venda são emitidas antecipadamente para que o cliente, por exigência do ente financeiro (Finame), encaminhe o processo de financiamento”. Segundo a Interessada, as notas fiscais seriam emitidas com um CFOP específico e a legislação permitiria o faturamento antecipado, “sendo que a efetiva entrega do bem ocorre no futuro”.

Quanto às demais matérias, alegou que teria prestado informações incorretas à Fiscalização.

Nesse contexto, afirmou não haver divergência nas informações prestadas e relação aos bens utilizados como insumos, aos encargos de depreciação (em relação ao que requereu a realização de perícia) e aos créditos do mês anterior.

A diligência foi aprovada nos seguinte termos:

Em face do exposto, e em homenagem ao princípio da verdade material, há que se converter o julgamento em diligência à repartição de origem para esta detalhar e colher provas das glosas efetuadas, apontando as divergências com o entendimento da recorrente, e intimar a recorrente a provar suas alegações, nos termos constante da parte dispositiva deste voto

Em face do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência à repartição de origem para as seguintes providências:

1 - Com relação às vendas no mercado interno, há divergência entre os valores informados na planilha de 125 e os valores do Relatório Fiscal e do Recurso Voluntário, a exemplo dos PA de 01/04, 06/04 e 10/04. Qual é o valor correto das vendas realizadas no mercado interno? Juntar cópia do livro de apuração (do IPI e do ICMS).

Manter as vendas para entrega futura na forma apurada pela Fiscalização.

2 - Identificar as receitas operacionais não incluídas pela recorrente na base de cálculo do PIS e da Cofins, relacionadas no item 2.1.3 do Relatório Fiscal.

3 - Identificar a origem das diferenças apuradas e relativas aos bens utilizados como insumos (subitem 2.2.2. do Relatório Fiscal) e manifestar-se acerca dos argumentos apresentados pela interessada no recurso voluntário.

4 - Intimar a recorrente a demonstrar e juntar prova do alegado sobre os encargos de depreciação, ou seja, que os créditos relativos a encargos de depreciação são exclusivamente em relação aos bens utilizados na produção. Manifestar-se sobre a resposta da recorrente.

5 - Intimar a recorrente a detalhar, e juntar prova do alegado, os créditos relativos a "outros valores com direito a crédito" informados na Dacon. Manifestar-se sobre a resposta da recorrente.

6 - Havendo alteração nos valores apurados pela Fiscalização no Relatório Fiscal, refazer os demonstrativos "2.2.5 Créditos do Mês Anterior" e o elaborado na Conclusão do Relatório.

7 - Dar ciência prévia desta resolução à recorrente e, após concluída a diligência, dar ciência do seu resultado, abrindo-lhe prazo para, querendo, manifestar-se.

Após proceder às diligências, a Fiscalização lavrou o termo de conclusão de fls. 849 a 865.

Inicialmente, a Fiscalização informou que "após o início do procedimento fiscal original, o contribuinte efetuou a retificação dos Dacon relativo ao ano-calendário. Por não se encontrar espontâneo, tais retificações foram ignoradas pela Fiscalização, mesmo porque os créditos informados em PERDCOMP referiam-se aos valores apurados em conformidade com os Dacon anteriores"

A seguir, a Fiscalização também informou que houve alteração na totalização das glosas, mas somente em relação àquelas que foram objeto da resolução.

Iniciando pela base de cálculo da contribuição, informou que foi apurado o seguinte:

- não constou dos demonstrativos apresentados pelo contribuinte operações com código Cfp 5.922 ou 6.922;

- os demonstrativos fornecidos pelo contribuinte, no curso do procedimento fiscal, apresentam diversas inconsistências que não foram identificadas;

- o contribuinte incluiu indevidamente no total das receitas o valor das operações classificadas com Cfp 5.949 e 6.949;

- os totais de operações com Cfp 6.116 foram informados a menor que o verificado no Livro Registro e Apuração de IPI, a exemplo dos meses de janeiro, março, julho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004;

- o contribuinte deixou de incluir, nos demonstrativos apresentados, diversas receitas de serviços que constam dos balancetes mensais, mas que não estão informadas no Livro Registro e Apuração de IPI;

- é o caso de parcela dos valores contabilizados na conta "0003.1120.00002 Galvanização - Beneficiamento a Terceiros" que excede o valor informado no RAIFI nos Cfp 5.124, 6.124, 5.125 e 6.125, além da totalidade das receitas contabilizadas nas rubricas "0003.1140.00007 Refrigeração - Consertos" e "0003.1120.00001 Galvanização Consumidor Final".

Com essas constatações, elaborou novos demonstrativos, nos seguintes termos:

Na Tabela a seguir, demonstramos as divergências entre a receita de vendas de bens e serviços apuradas no presente procedimento e o informado no Dacon. A divergência apurada negativa implica a redução ao valor tributado pelo contribuinte, enquanto a diferença positiva, implica cobrança adicional.

Tabela 5: Mês	A=Valorda Divergência	B= Cofins (B=A x 7,6%)
fev/04	-7.952,41	-604,38
mar/04	12.057,77	916,39
abr/04	208.857,11	15.873,14
mai/04	147.038,50	11.174,93
jun/04	141.365,88	10.743,81
jul/04	4.745,81	360,68
ago/04	1.009.240,52	76.702,28
set/04	33.685,01	2.560,06
out/04	-29.719,51	-2.258,68
nov/04	632,99	48,11
dez/04	-8.231,81	-625,62

Em relação às outras receitas operacionais, informou que somente o valor relativo à receita de R\$ 148.236,70 deveria ser tributado, pelo fato de a Interessada não ter apresentado documentação sobre sua natureza.

Os valores abaixo foram excluídos da base de cálculo:

a) Venda de máquina de espuma no valor de R\$ 250.000,00, refere-se a venda de imobilizado que não deve ser tributada por força art. I, §3º, inciso II das Leis nº 10.883/03 e 10.637/02.

b) Os valores de R\$ 57.220,48, R\$ 410.623,03 e R\$ 4.144,00 referem-se a valores de créditos da não cumulatividade, equivocadamente contabilizados pelo contribuinte como receita. Como se sabe, por força do art. 3º, § 10º, das Leis nº 10.833/03 e 10.637/02, tais créditos não se constituem receita bruta da pessoa jurídica.

Quanto aos créditos, iniciou com a informação sobre os bens utilizados como insumos.

De acordo com a Fiscalização, em relação aos Cfps 1.118, 1.124, 1.352, 2.101, 2.118, 2.124 e 2.352, concluiu que não teriam sido incluídos nas linhas relativas a fretes e serviços e, assim, deveriam ser considerados na apuração, mas observou o seguinte:

Destarte, na reconstituição da base de cálculo dos créditos da não cumulatividade, relativas à aquisição de insumos, a Fiscalização utilizou todos os Cfop já relacionados pelo contribuinte.

Somando os respectivos valores indicados no Livro Registro e Apuração de IPI, verificamos que, em outubro de 2004, o contribuinte informou no Dacon um valor superior ao apurado. Todavia, essa diferença é compatível com valores a menor informados nos nove meses anteriores, indicando que se tratava de mero crédito extemporâneo.

Assim, ao longo do período fiscalizado, constata-se que os valores informados no Dacon a título de "Bens utilizados como Insumos" apresenta conformidade com a escrituração fiscal do contribuinte. Portanto, as glosas referidas no item "2.2.3 Bens utilizados como insumos" do Relatório Fiscal original devem ser desconsideradas.

Em relação aos outros valores de créditos, informou que houve necessidade de intimação do contribuinte para esclarecer outros valores incluídos além dos alegados inicialmente em relação ao mês de julho. Apurou que parcela substancial referir-se-ia a dispêndios com CPMF e atualização de honorários e dívidas tributárias, o que não se incluiria no conceito legal de “despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos”.

Ademais, constatou o aproveitamento em duplicidade de certos créditos dos meses de novembro e dezembro de 2004.

Concluiu ser “indevido o crédito de Cofins no montante de R\$ 40.938,08 em julho de 2004 e de R\$ 1.735,72 em dezembro de 2004.”

Quanto às devoluções de vendas, concluiu haver divergências em relação aos meses de julho e novembro de 2004, tendo havido, originalmente, crédito a maior em relação ao período de julho e a menor em relação ao período de novembro.

No tocante aos créditos transferidos de um mês para o seguinte, informou os critérios utilizados para a reconstituição e apresentou o demonstrativo.

Ao final, elaborou um demonstrativo consolidado das apurações.

Intimada, a Interessada não se manifestou.

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Antonio Francisco, Relator

O recurso é tempestivo e satisfaz os demais requisitos de admissibilidade, dele devendo-se tomar conhecimento.

Conforme esclarecido no relatório, a redução inicial do saldo a ressarcir decorreu de três fatos: apuração a menor da base de cálculo, utilização indevida de créditos e apuração incorreta de saldos anteriores.

Os autos foram baixados em diligência para dirimir as dúvidas suscitadas na resolução, tendo a Fiscalização efetuado trabalho abrangente e detalhado quanto à apuração do direito da Interessada, que não se manifestou posteriormente sobre a diligência.

No que tange às matérias de prova, o que foi apurado na diligência é o resultado definitivo do que se poderia provar no processo, uma vez que a perícia solicitada pela Interessada não satisfaz aos requisitos legais do Decreto n. 7.574, de 2011, art. 36.

Resta, portanto, apenas analisar as questões de direito.

No tocante à base de cálculo, em parte se trata do caso de Repercussão Geral n. 283, relativa à incidência do PIS e da COFINS não-cumulativos sobre valores recebidos a título de transferência de ICMS (RE 606107), nos moldes do art. 25 da Lei Complementar n. 87, de 1996.

Aplicam-se ao caso os arts. 62 e 62-A do Regimento Interno do Carf (Ricarf), anexo II à Portaria MF n. 256, de 2009, a Portaria Carf n. 1, de 2012, e a Súmula Carf n. 2, aprovada pela Portaria MF n. 106, de 2009, abaixo reproduzidos com os devidos destaques:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

“Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

“I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

“II - que fundamente crédito tributário objeto de:

“a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

“b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

“c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

“Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

“§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

“§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.”

“Art. 1º Determinar a observância dos procedimentos dispostos nesta portaria, para realização do sobrestamento do julgamento de recursos em tramitação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, em processos referentes a matérias de sua competência em que o Supremo Tribunal Federal - STF tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários - RE, até que tenha transitado em julgado a respectiva decisão, nos termos do art. 543-B da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil.

“Parágrafo único. O procedimento de sobrestamento de que trata o caput somente será aplicado a casos em que tiver comprovadamente sido determinado pelo Supremo Tribunal Federal - STF o sobrestamento de processos relativos à matéria recorrida, independentemente da existência de repercussão geral reconhecida para o caso.”

“Súmula CARF n. 2:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Portanto, em relação a esse tipo de questão, primeiramente descabe às instâncias administrativas manifestar-se sobre ela, devendo-se dela não tomar conhecimento, no caso de o STF não a haver decidido, ou aplicar a decisão do plenário do STF, quando definitiva.

No caso, ademais, embora haja repercussão geral a respeito do tema, o STF não determinou a suspensão dos recursos extraordinários que dele tratam, razão pela qual descabe, também, o sobrestamento do processo (RE 606.107), nos termos da Portaria Carf n. 1, de 2012.

Dessa forma, a questão foi definida pelo Supremo Tribunal de Federal como de nível constitucional, de maneira que os aspectos infraconstitucionais que normalmente permeiam a questão ficaram superadas e não são mais relevantes para defini-la.

Nesse contexto, o que decidir o STF no âmbito da repercussão geral definirá completamente a questão, restando aos demais órgãos do Judiciário e do Executivo aplicar o entendimento do Supremo.

Deve-se, assim, negar provimento ao recurso nessa matéria.

No tocante aos juros fiscais, como já bem ressaltado pela Fiscalização e pela Primeira Instância, não se trata de despesas financeiras.

Processo nº 11065.002655/2005-05
Acórdão n.º **3302-002.010**

S3-C3T2
Fl. 875

Em relação às demais matérias, tratando-se de matéria de fato, foram solucionadas pela diligência.

Portanto, voto por dar provimento parcial ao recurso, para reduzir os valores lançados aos apurados pela Fiscalização na diligência.

(Assinado digitalmente)

José Antonio Francisco