



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

Processo nº 13688 000359/2004-89
Recurso nº 261.524 Voluntário
Acórdão nº 3403-00.460 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2010
Matéria COFINS
Recorrente BRASILVA VEÍCULOS E PEÇAS LTDA.
Recorrida DRJ-RIO DE JANEIRO/RJ

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2001

COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE ESPÉCIES DIFERENTES.
NECESSIDADE DE REQUERIMENTO.

Mesmo sob a égide da IN/SRF 21/97, a compensação de tributos de espécies diferentes exigia requerimento do contribuinte (art. 12, §3º).

IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. NECESSIDADE DE
DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO E DA APLICAÇÃO DO DIREITO AOS
FATOS.

Para que o argumento de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 seja relevante ao deslinde do feito, é imperioso demonstrar que a base de cálculo da autuação é composta por receitas não-integrantes do faturamento da pessoa jurídica.

NÃO-APLICAÇÃO DA MULTA DE OFÍCIO. EXCLUSÃO DO ICMS DA
BASE DE CÁLCULO DA COFINS.

A instância administrativa não pode afastar a incidência de normas legais ao argumento de inconstitucionalidade, afora as hipóteses excepcionais do art. 62, parágrafo único do RI-CARF.

Recurso negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Antonio Carlos Atulim - Presidente

Marcos Tranchesi Ortiz - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Robson José Bayerl, Domingos de Sá Filho, Winderley Moraes Pereira, Ivan Allegretti Marcos Tranchesi e Antonio Carlos Atulim.

Relatório

Auto de Infração lavrado em 8 de setembro de 2004 (fls. 73/82) para lançamento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS dos meses janeiro/2000 a dezembro/2001, correspondente à diferença entre os valores da exação declarados pela recorrente em DCTF e os valores apurados em procedimento de fiscalização.

A recorrente impugna o auto (fl. 78) dizendo que o crédito lançado foi extinto, parte via pagamento, conforme DARFs que trouxe ao processo (fls. 123/169), e parte via compensação com créditos da contribuição ao Programa de Integração Social – PIS reconhecidos na ação judicial nº 1998.38.03.000745-8, da Vara Federal de Uberlândia-MG, transitada em julgado em 1º de dezembro de 2003.

A DRJ, então, baixou os autos em diligência (fls. 188) para que a DRF competente confirmasse os eventos mencionados na defesa.

A DRF, ato contínuo, apurou que (fls. 227/237):

(a) a ação judicial referida na defesa versava a “semestralidade” do PIS, ou seja, pedia o reconhecimento da inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, e a compensabilidade dos valores a título de PIS pagos a maior pela recorrente com fundamento nos mesmos;

(b) a ação foi julgada parcialmente procedente, reconhecendo-se a alegada inconstitucionalidade e a compensabilidade do crédito recolhido a maior, porém *apenas e exclusivamente com débitos da mesma exação, qual seja, o PIS*;

(c) não houve “*prova da pretensão do contribuinte, no sentido de que compensou os débitos lançados com créditos de PIS*” (fls. 236).

Ante as constatações da DRF, franqueou-se nova oportunidade de manifestação à recorrente, que aproveitou-a para dizer que (fls. 241/254):

(a) a compensação foi realizada na vigência da sentença de primeiro grau, que autorizava a utilização dos créditos de PIS para quitação de débitos do próprio PIS, da COFINS, IRPJ ou CSLL, “*operando desta forma os reflexos da norma estabelecida pelo artigo 62 do Decreto 70.235/72*” (fls. 244);

(b) o art. 14 da IN/SRF nº 21/97 então vigente assegurava a compensação de créditos e débitos da mesma espécie tributária independentemente de requerimento;

(c) é inconstitucional o alargamento da base de cálculo da COFINS promovido pela Lei nº 9.718/98;

(d) deve ser aplicada a multa de mora e não a multa de ofício.

A DRJ-Rio de Janeiro/RJ (fls. 301/310) rechaçou a totalidade dos argumentos, reconhecendo, outrossim, a eficácia dos pagamentos parciais comprovados pela recorrente (cujos valores são praticamente irrisórios). Por isso, manteve em parte (substancial) o lançamento.

Sobreveio recurso voluntário (fls. 318/347), no qual se repisam os argumentos do aditamento à impugnação, e se acrescenta o argumento de excesso de exigência, em razão da supostamente ilegal inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS.

É o relato.

Voto

Conselheiro Marcos Tranchesi Ortiz, Relator

Conheço do recurso, tempestivo que é.

1 Compensação.

Não se reconhece a alegada compensação da COFINS lançada com os créditos do PIS objeto da ação judicial noticiada nos autos.

Em primeiro lugar, porque não houve sequer requerimento de compensação pela recorrente ao Fisco. O artigo 14 da IN/SRF nº 21/97, que a recorrente refere em seu favor, dispensava prévio requerimento apenas na hipótese de compensação entre tributos de mesma espécie, o que não é a hipótese dos autos, no qual se pretende compensar créditos de PIS com débitos de COFINS.

Aplicável ao caso é o artigo 12 da mesma IN, dedicado à compensação de tributos de espécies distintas, cujo §3º condiciona-a à formalização de “Pedido de Compensação” pelo contribuinte.

Assim, como bem atentou a DRF, não há sequer prova da pretensão da recorrente em extinguir o crédito lançado pela via da compensação.

Embora isso já seja o bastante, registre-se, ademais, que a decisão judicial transitada em julgado na ação nº 1998.38.03.000745-8 expressamente restringiu a utilização dos créditos da recorrente apenas para a compensação com débitos da mesma espécie. Eis o dispositivo da decisão proferida pelo E. STJ em 10 de outubro de 2003 (fls. 120):

“Ante o exposto () dou provimento em parte ao recurso especial, tão somente para excluir da condenação a correção

dos percentuais em confronto com o recente posicionamento adotado por este Sodalício e determinar que os valores recolhidos a título de PIS sejam compensados com parcelas vincendas do mesmo tributo”

É verdade que a sentença de primeiro grau, mantida neste tópico pelo E. TRF da 1ª Região (fls. 113-v) deferira-lhe a compensabilidade com demais espécies tributárias federais. Sabe-se, contudo, que as decisões proferidas em grau de recurso substituem a sentença com efeitos *ex tunc*, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil.

Ao realizar a compensação logo após a prolação da sentença, a recorrente, por sua conta e risco, acreditou na manutenção do *decisum* até o trânsito em julgado da demanda, o que, como se viu, não ocorreu.

O art. 62 do Decreto nº 70.235/72, mencionado na defesa, à toda evidência não socorre a recorrente. Confira-se sua dicção:

“Art. 62 Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre que versar a ordem de suspensão”

O dispositivo refere-se a decisões judiciais que suspendam a exigibilidade de débitos tributários, e não que autorizem a sua extinção mediante compensação. Mas, ainda que, por analogia, se lhe estendessem os comandos à hipótese de compensação, o fato é que a norma ali contida apenas proíbe que o Fisco moleste o contribuinte *durante a vigência* da medida judicial que o favoreça. Não desafia, porém, os efeitos retroativos da decisão posterior que faça cessar a vigência de decisão anterior.

Ora, *in casu*, o auto de infração foi lavrado em setembro de 2004, portanto 11 meses *depois* de o STJ alterar o dispositivo da sentença no tocante à amplitude de débitos compensáveis da recorrente.

Afasta-se, pois, o argumento de que os créditos constituídos nesta autuação hajam sido compensados.

2 Lei nº 9.718/98 – Ampliação da Base de Cálculo da COFINS.

A recorrente advoga a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98, que ampliou a base impositiva da COFINS para além do faturamento da pessoa jurídica contribuinte.

Em diversas oportunidades já enfrentei o argumento (por exemplo, ao ensejo do julgamento do recurso voluntário nº RV 156569), entendendo que, ante o decidido pelo Plenário do E. STF nos REs nºs 346.084 e 390.840, incide o permissivo excepcional do art. 62, parágrafo único, inciso I, do novo regimento do CARF. E, enfrentando-o, tenho-o acolhido para reconhecer a inconstitucionalidade da norma referida.

Aqui, todavia, restou indemonstrado que os créditos constituídos têm por base de cálculo receitas não-integrantes do faturamento da recorrente. Noutro giro, não se

demonstra que o afastamento da Lei nº 9.718/98 tenha qualquer relevância sobre a matéria tributável.

Explico. A DRF intimara o contribuinte a apresentar “*demonstrativos da base de cálculo da contribuição para o PIS, da COFINS*” (fls. 11).

Em atendimento à intimação, a recorrente apresentou planilhas denominadas “*Informações para Recolhimento PIS/COFINS*” (fls. 18/68), composta pelas seguintes rubricas:

Faturamento Bruto:	R\$x
Faturamento Veículos Usados:	R\$a
Devolução Vendas:	R\$b
Faturamento Imobilizado:	R\$c
Lucro com Veículos Usados:	R\$d
Outras Receitas:	R\$e
Base de Cálculo para PIS/COFINS:	R\$x-a-b-c+d+e

Os valores que serviram de base de cálculo para o lançamento são aqueles indicados na rubrica “Outras Receitas”.

Ora, ao prestar tais informações à fiscalização, a própria recorrente reconheceu, ao menos naquele momento, que as “Outras Receitas” *compunham a base de cálculo da COFINS*, o que a meu ver, dispensou a auditoria de investigar a grandeza subjacente a esta rubrica. O fato restou *incontroverso no curso da fiscalização*.

Assim, competia à recorrente demonstrar, em impugnação, a consistência material destas grandezas para que, em sendo o caso, aproveitasse-lhe a inconstitucionalidade da ampliação da base da COFINS

Afinal, o que são as “Outras Receitas”? Fossem receitas financeiras, receitas de variações patrimoniais ativas, restituição de crédito-presumido de IPI, por exemplo, e a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 torná-las-ia intributáveis pela COFINS. Mas se fossem, a seu turno, receitas com prestação de serviços mecânicos ou de funilaria (atividades integrantes do objeto social da recorrente, conforme contrato social de fls. 91), e a COFINS incidiria mesmo na disciplina da LC nº 70/91.

Como se disse, cabia à recorrente, em impugnação, afirmar e demonstrar a origem destas “outras receitas”. Mas não o fez. Apenas alegou, de maneira teórica, a inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/89. Demonstrou o direito apenas, mas não a subsunção dos fatos relevantes ao direito alegado.

Enfatize-se que a recorrente não apenas não demonstrou, mas sequer afirmou a origem destas receitas. Entendo, pois, que a impugnação desatendeu ao artigo 16 do Decreto nº 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 16. A impugnação mencionará

(.)

III – os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;”

Portanto, também esse argumento do voluntário não prospera.

3 Multa de Ofício e Inclusão do ICMS na Base de Cálculo da Cofins.

Há previsão legal de incidência de multa de ofício na hipótese de constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa (art. 44 da Lei nº 9.430/96). Da mesma forma, a lei prevê a inclusão do ICMS na base de cálculo da Cofins (art. 3º, §2º, I da Lei nº 9.718/98).

É defeso à instância administrativa deixar de aplicar a lei ao fundamento de inconstitucionalidade, segundo o art. 62, caput do regimento interno do CARF, sendo certo que as duas normas referidas acima não se enquadram nas hipóteses excepcionais do parágrafo único do mesmo artigo.

Afastam-se, assim, mais esses argumentos do recurso voluntário.

Julgo, pois, improcedente o recurso, mantendo integralmente o acórdão recorrido.

Marcos Tranchesi Ortiz