ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 16327.720264/2014-44

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

Processo nº	16327.720264/2014-44
Recurso nº	De Ofício e Voluntário
Acórdão nº	**3302-004.753 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	26 de setembro de 2017
Matéria	Cofins
Recorrente	BANCO FIBRA SA E FAZENDA NACIONAL
Recorrida	BANCO FIBRA SA E FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

DECADÊNCIA. PAGAMENTO ANTECIPADO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 62, §2º DO ANEXO II DO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

O prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo às contribuições para a Seguridade Social rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, quando constatados pagamentos antecipados e a inocorrência de dolo, fraude ou simulação, conforme julgamento proferido pelo STJ, no REsp 973.733/SC, submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC, cuja decisão definitiva deve ser reproduzida no âmbito do CARF.

CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

DEPÓSITO JUDICIAL EFETUADO APÓS O PRAZO DE VENCIMENTO SEM INCLUSÃO DA MULTA DE MORA. APLICABILIDADE DA SÚMULA CARF Nº 5.

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Negado.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer o recurso de ofício e em conhecer parcialmente o recurso voluntário e, na parte conhecida, em dar-lhe parcial provimento para excluir os juros de mora dos lançamentos relativos aos depósitos efetivados em montante integral.

(assinado digitalmente)
Paulo Guilherme Déroulède

Presidente e Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Paulo Guilherme Déroulède (Presidente), José Fernandes do Nascimento, Walker Araújo, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Charles Pereira Nunes, Sarah Maria Linhares de Araújo Paes de Souza e José Renato Pereira de Deus.

Relatório

Trata o presente processo de Auto de Infração para constituição de créditos tributários relativos à Cofins, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, com exigibilidade suspensa, por força de medida liminar concedida no MS nº 2006.61.00.014235-1 e depósitos judiciais efetuados em montante integral, nos termos do artigo 150, incisos II e IV, do CTN.

Conforme Termo de Verificação Fiscal, o Auto de Infração foi lavrado a partir das diferenças observadas entre a planilha de base de cálculo fornecida pela recorrente e os valores declarados em DCTF, considerando que a exigibilidade estava suspensa por força de medida liminar no MS nº 2006.61.00.014235-1, bem como por ter depositado judicialmente as quantias controversas (e-fl. 116).

Em impugnação a recorrente aduziu:

1. Preliminarmente, a ausência de concomitância entre a matéria impugnada e o MS nº 2006.61.00.014235-1;

2. Em prejudicial, a decadência do direito de constituir o crédito tributário para os fatos geradores de janeiro e fevereiro de 2009;

3. A improcedência do lançamento em razão da inconstitucionalidade do artigo 3º, §1º da Lei nº 9.718/98 decretada pelo STF;

4. A inaplicabilidade dos juros de mora sobre depósitos judiciais em montante integral.

A Décima Turma da DRJ em São Paulo proferiu o Acórdão nº 16-59.885, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Ano-calendário: 2008, 2009

PROCESSO JUDICIAL E IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. CONCOMITÂNCIA.

A propositura de ação judicial importa em renúncia à discussão na via administrativa da matéria levada à apreciação do Poder Judiciário. Deve ser conhecida a impugnação em relação à matéria não discutida no processo judicial.

COFINS. DECADÊNCIA.

Para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar da data da ocorrência do fato gerador.

JUROS DE MORA. DEPÓSITO JUDICIAL.

A existência de depósito judicial não afasta a incidência dos juros moratórios. Porém, em caso de decisão judicial final favorável à União, o depósito será transformado em pagamento definitivo considerando-se a data da realização do depósito.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Acatando a alegação de decadência e em razão da exoneração acima do limite estabelecido na Portaria MF nº 3/2008, o colegiado *a quo* recorreu de ofício.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso voluntário, reiterando as razões aduzidas na impugnação, além de pleitear a manutenção do acórdão recorrido quanto à prejudicial de decadência.

Na forma regimental, o processo foi distribuído a este relator.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Guilherme Déroulède.

Os recursos interpostos atendem aos pressupostos de admissibilidade e deles tomo conhecimento.

Passa-se, primeiramente, à análise do recurso de ofício.

O colegiado *a quo* exonerou o lançamento relativo aos fatos geradores de janeiro e fevereiro de 2009, por aplicação do artigo 150, §4º do CTN, em razão da confirmação de recolhimentos de Cofins para estes períodos nos valores de R$ 44.825,81 e R$ 83.862,65, respectivamente.

Concernente ao prazo decadencial das contribuições para a Seguridade Social, foi editada a Súmula Vinculante nº 8, pelo Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória pela administração pública federal, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.417, de 2006:

> *São inconstitucionais o parágrafo único do* artigo *5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.*

Portanto, o prazo decadencial para as referidas contribuições sujeita-se às regras gerais dos artigos 150 e 173 do CTN. A matéria encontra-se pacificada no STJ, com o julgamento do REsp 973.733/SC, submetido à sistemática prevista no artigo 543-C do CPC (recursos repetitivos), cuja decisão definitiva deve ser reproduzida nos julgamentos deste Conselho, por força da aplicação do artigo 62 do Anexo II do RICARF.

Assim, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário dos tributos sujeitos a pagamento antecipado (lançamento por homologação) rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em dolo, fraude ou simulação, caso destes autos. Destarte, nego provimento ao recurso de ofício.

Por seu turno, o recurso voluntário pugnou pela ausência de concomitância com o Mandado de Segurança nº 2006.61.00.014235-1 e pela insubsistência do lançamento em razão dos julgamentos proferidos pelo STF nos *leading cases* RREE nº 346.084/PR, nº 357.950/RS, nº 358.273/RS e nº 390.840/MG, concluindo que as receitas oriundas da atividades empresariais típicas não podem ser consideradas faturamento para efeito de incidência da Cofins.

Inicialmente, destaca-se que nas decisões proferidas nos *leading cases,* restou assentada a sinonímia entre faturamento e receita bruta, abrangendo o produto das atividades típicas no dizer do Ministro Cezar Peluso, ou a atividade precípua da empresa, expressão utilizada pelo Ministro Marco Aurélio, ou ainda, os ingressos que decorram da razão social da empresa, termos utilizados pelo Ministro Carlos Britto.

Menciona-se, corroborando tal assertiva, o julgamento do agravo regimental no RE 400.479-8/RJ, que questiona, dentre outros, a inclusão dos prêmios de seguros recebidos na base de cálculo da COFINS, no qual o Ministro Peluso confirmou a jurisprudência da Suprema Corte ao proferir voto nos seguintes termos:

> *"Seja qual for a classificação que se dê às receitas oriundas dos contratos de seguro, denominados prêmios, o certo é que tal não implica na sua exclusão da base de incidência das contribuições para o PIS e COFINS, mormente após a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718/98 dada pelo Plenário do STF. É que, conforme expressamente fundamentado na decisão agravada, o conceito de receita bruta sujeita à exação tributária em comento envolve, não só aquela decorrente da venda de mercadorias e da prestação de serviços, mas a soma das receitas oriundas do exercício das atividades empresariais."*

Por fim, o alcance do termo faturamento ou receita bruta abarcando a atividade empresarial típica restou assente no RE 585.235-1/MG, no qual reconheceu-se a

repercussão geral do tema concernente ao alargamento da base de cálculo do PIS e da Cofins prevista no §1º do art. 3º da Lei nº 9.718/98, e reafirmou-se a jurisprudência consolidada pela Corte Suprema nos *leading cases*. Transcreve-se a ementa:

> *EMENTA. 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.*
>
> *ACÓRDÃO*
>
> *Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em resolver questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional, reafirmar a jurisprudência do Tribunal acerca da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98 e negar provimento ao recurso da Fazenda Nacional, tudo nos termos do voto do Relator. Vencido, parcialmente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que entendia ser necessária a inclusão do processo em pauta. Em seguida, o Tribunal, por maioria, aprovou proposta do Relator para edição de súmula vinculante sobre o tema, e cujo teor será deliberado nas próximas sessões, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que reconhecia a necessidade de encaminhamento da proposta à Comissão de Jurisprudência. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello, a Senhora Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa.*
>
> *Brasília, 10 de setembro de 2008*
>
> *Ministro Cezar Peluso*
>
> *Relator*

No voto, o Ministro Cezar Peluso consignou:

> *"1. 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****...."(grifei)*

Assim, entendo que o ajuizamento de ações questionando genericamente a inconstitucionalidade do §1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 não afasta a incidência das contribuições sobre as receitas das atividades empresariais típicas, nos termos do RE 585.235-1/MG, de reconhecida repercussão geral, cujo julgamento deve ser reproduzido no âmbito deste Conselho, conforme disposto no §2º do artigo 62 do Anexo II do RICARF.

Entretanto, não é o caso destes autos. Verifica-se que a recorrente impetrou o mandado de segurança mencionado questionando o recolhimento nos moldes do artigo 3º da Lei nº 9.817/1998, alegando a inconstitucionalidade da base de cálculo veiculada no artigo. Ainda, efetivou depósitos judiciais (e-fls. 45 a 69), cujos valores principais coincidem com os valores lançados neste Auto de Infração, o que, obviamente, demonstra que os valores controvertidos são referentes às receitas decorrentes da intermediação financeira e estão sendo discutidos no referido mandado.

Além disso, menciona-se o sobrestamento dos recursos especial e extraordinário, em vista, especialmente do RE 609.096/RS, que teve em 03/03/2011, sua repercussão geral reconhecida na matéria referente à incidência de PIS e Cofins sobre as receitas financeiras das instituições financeiras. Assim, a decisão a ser tomada no referido recurso extraordinário pautará o julgamento do MS 2006.61.00.014235-1, definindo, ao final, se tais receitas compõem ou não o faturamento ou receita bruta das instituições financeiras, abarcando, portanto, a matéria lançada neste Auto de Infração.

O excerto abaixo do voto condutor do acórdão recorrido esclarece a questão:

> *"Cabe observar que o julgamento dos recursos está sobrestado, conforme consulta ao site do TRF/3ª Região (fls. 336 a 341).*
>
> *Nessa consulta, constata-se que o sobrestamento foi determinado em razão do RE 609.096/RS (repercussão geral) e dos REsp 2007.61.00.001686-6, 2006.61.00.007420-5 e 1999.61.00.029595-1 (recursos repetitivos).*
>
> *Ressalte-se que referidos recursos (especiais e extraordinário) tratam justamente da definição do conceito de faturamento para fins da incidência tributária prevista na Lei nº 9.718/98 no que tange às instituições financeiras, especialmente da inclusão, ou não, das receitas financeiras no referido conceito.*
>
> *Portanto, a base de cálculo da Cofins, no presente caso, será determinada pelo Poder Judiciário, nos autos do mandado de segurança nº 2006.61.00.014235-1, não cabendo a este órgão de julgamento administrativo se manifestar sobre a delimitação do conceito de faturamento previsto no art. 3º da Lei nº 9.718/98."*

Portanto, entendo restar configurada a concomitância relativa à incidência da Cofins sobre as receitas que lastrearam o presente lançamento, devendo ser aplicada a Súmula CARF nº 01:

> *Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o*

> *mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.*

Destarte, não conheço do recurso voluntário nesta parte.

Relativamente à inaplicabilidade dos juros de mora, a DRJ fundamentou o voto assentando que o depósito do montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário, mas não afasta a incidência dos juros de mora. Porém, tal afirmação não corresponde à interpretação pacífica neste conselho sobre a constituição de crédito tributário relativo a juros de mora em depósitos de montantes integrais, que afasta a incidência dos juros de mora, a teor da Súmula CARF nº 05:

> *São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.*

Diante do exposto, voto para negar provimento ao recurso de ofício e dar parcial provimento ao recurso voluntário, para excluir os juros de mora dos lançamentos relativos aos depósitos efetivados em montante integral.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède