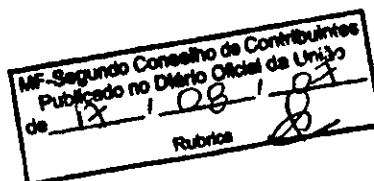




MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n°	10380.009702/2004-17
Recurso n°	135.394 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão n°	203-12.185
Sessão de	21 de junho de 2007
Recorrente	M. DIAS BRANCO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
Recorrida	DRJ-FORTALEZA/CE



Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 1999

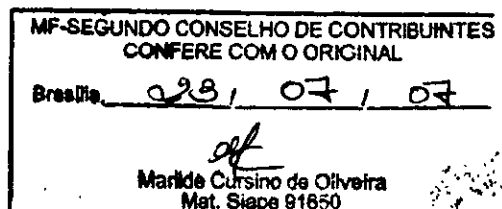
Ementa: OPÇÃO PELA VIA JUDICIAL. DESISTÊNCIA DA ESFERA ADMINISTRATIVA. O contribuinte que busca a tutela jurisdicional antes ou depois de iniciado o processo administrativo abdica da discussão na esfera administrativa. Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial e, na parte conhecida, negou-se provimento.

COFINS – DECADÊNCIA - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo à COFINS, extingue-se no prazo de 10 anos, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91

Recurso não conhecido em parte, face à opção pela via judicial e negado na parte conhecida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso em parte em face da opção pela via judicial e, na parte conhecida, negou-se provimento ao recurso, para afastar a decadência.




ANTONIO BEZERRA NETO


Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Luciano Pontes de Maya Gomes, Eric Moraes de Castro e Silva, Sílvia de Brito Oliveira e Dory Edson Marianelli, Odassi Guerzoni Filho.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 29 / 07 / 07


Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Sipo 81650

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23, 07, 03

Marilde Cursino de Oliveira Mat. Sisep 91650

Relatório

M Dias Branco Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., inscrito no CNPJ sob o nº 07.206.816/0001-15, teve contra si lavrado auto de infração da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS, fls. 03/13, para formalização e cobrança do crédito tributário nele estipulado no valor total de R\$ 55.527,55, inclusive encargos legais, decorrente da infração a seguir sintetizada:

"001. COFINS FATURAMENTO. DIFERENÇA APURADA ENTRE O VALOR ESCRITURADO E O DECLARADO/PAGO – COFINS (VERIFICAÇÕES OBRIGATÓRIAS)

A sucedida EMPRESA COMERCIAL E INDUSTRIAL DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA. procedeu à exclusão, na base de cálculo da COFINS relativa ao mês de janeiro do ano calendário de 1999, do valor de R\$ 1.006.846,09, conforme informou na Ficha 33/07 de sua DIPJ de incorporação (fls. 23).

Regularmente intimada para demonstrar a origem e o direito à exclusão, apresentou, em cópia, a documentação que se acha acostada às fls. 24 a 26.

Examinando se a documentação referida, conclui se que o valor excluído corresponde ao ICMS incidente sobre suas importações de trigo, nos moldes previstos no Decreto do Estado do Ceará nº 24.464/97, que concentrou toda a incidência do imposto na operação de importação, desonerando todas as demais.

Através do processo administrativo, nº 10380.007551/97 08 (fls. 27 a 30), a sucedida formulou consulta sobre o procedimento ora objeto de autuação, tendo sido informada da inexistência de previsão legal para a pretendida exclusão do ICMS pago nos termos do supracitado Decreto, uma vez que seu valor incorporava se ao custo de aquisição.

Tendo se socorrido da via judicial, através de Mandado de Segurança, teve seu pleito negado em primeira instância, sentença que foi confirmada pelo Tribunal Federal da 5ª Região.

Assim, é de se exigir a contribuição incidente sobre o valor indevidamente excluído de sua base de cálculo, o que se faz através do presente auto de infração.

Inconformado com a exigência o contribuinte apresentou impugnação fundamentando sua defesa nos argumentos abaixo elencados:

- em preliminar, aduz que é nula a exigência de COFINS referente ao fato gerador de janeiro de 1999, porquanto fulminada pela decadência;

- baseia-se a constatação da decadência no art. 150, § 4º, do CTN, como na jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Superior Tribunal de Justiça;

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/07/07
Marilda Cursino de Oliveira
Mat. Siapa 81650

- o novo lançamento, em 22/10/2004, surge sem que a Fazenda tivesse o direito de exigir a diferença relativa ao período de janeiro de 1999, posto já ter sido atingido pela decadência;

- a base de cálculo da Cofins, prevista no artigo 2º da Lei Complementar nº 70/91, é o faturamento mensal, definido como "a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços, e de serviços de qualquer natureza";

- a Lei nº 9.718/98 passou a determinar que a Cofins incidiria sobre o faturamento correspondente à receita bruta, assim entendida a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada;

- a base de cálculo da Cofins na forma da Constituição Federal de 1988 e das Leis Complementares e ordinárias que regem a matéria, é o "faturamento". No "faturamento" não se inclui o ICMS devido por substituição tributária, ainda que este esteja contido no preço de venda e assim contabilizado;

- não há como considerar o ICMS retido e recolhido no regime de substituição tributária, como "faturamento", daí decorrendo que, a incidência de Cofins sobre tal valor é absolutamente ilegal e inconstitucional, já que se faz sobre base não prevista no texto da Constituição, nem nas leis que regem a matéria;

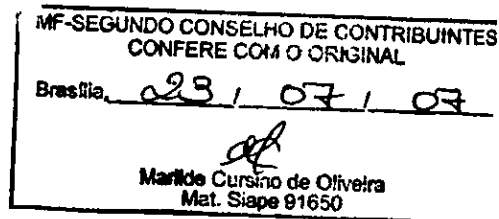
- esse ICMS não compõe a receita do contribuinte substituto, uma vez que não se refere a suas próprias vendas nem, tampouco, constitui 'receita', independentemente da forma como for contabilizado. Trata-se, isto sim, de recuperação de encargo tributário, antecipadamente retido e recolhido, em substituição aos compradores da farinha de trigo;

- até maio de 1997, o impugnante, como responsável pelo recolhimento do ICMS devido nas vendas subsequentes de farinha de trigo, destacava e recolhia antecipadamente o tributo, em cada operação de saída que promovia. O montante do ICMS retido na fonte era informado destacadamente nas notas fiscais, não compondo o preço de venda. Em consequência, por óbvio, não havia incidência de Cofins sobre tais valores, que não eram registrados contabilmente na receita bruta de vendas;

- sobre ao assunto, a Secretaria da Receita Federal já havia se manifestado, desde 1986, por meio do Parecer Normativo nº 77, à época referindo-se aos antigos ICM e Finsocial, hoje substituídos pelo ICMS e a Cofins;

- a partir da vigência do Decreto nº 24.464, de 23.05.97, o ICMS devido nas referidas saídas subsequentes, passou a ser calculado por ocasião da entrada do trigo em grão no estabelecimento moageiro. Assim, objetivando o perfeito atendimento às normas estaduais, o valor do ICMS-substituto passou a integrar o custo de produção e, em consequência, a somar-se ao valor cobrado do destinatário da farinha de trigo;

- a cada entrada do trigo em grão, normalmente importado do exterior, o impugnante calcula e, no prazo legal, recolhe o ICMS, devido no regime de substituição tributária. Esse cálculo abrange o ICMS relativo às suas próprias vendas e aquele correspondente às operações subsequentes com trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo, até o consumo final neste Estado, bem como, a saída dos produtos derivados



de farinha de trigo como, por exemplo, macarrão e biscoitos, do estabelecimento industrial ou suas filiais;

- com a alteração produzida pelo Decreto Estadual n.º 24.464/97, o valor do ICMS, antecipado pela empresa moageira, ora impugnante, passou a integrar o preço final de venda dos produtos, implicando na majoração, absolutamente imprópria, da 'Receita Bruta de Vendas' dos produtos que fabrica e na incidência das contribuições sociais calculadas sobre o faturamento;

- todavia, tal parcela incrementada na receita do impugnante, de forma alguma constituía receita de sua atividade. Ora, o ICMS recolhido em decorrência da entrada de trigo em grão, abrange o imposto relativo as operações próprias do impugnante, resultante das vendas de seus produtos, assim como, aquele referente às operações subseqüentes, com os mesmos produtos ou seus derivados;

- quanto ao ICMS relativo às próprias vendas do impugnante, não restam dúvidas quanto à incidência da Cofins, haja vista que constitui o preço de venda, sendo o seu destaque nos documentos fiscais mera indicação. Entretanto, o ICMS relativo às operações subseqüentes, não deve, nem pode, integrar a base de cálculo da precitada exação fiscal, conforme já se posicionou a Secretaria da Receita Federal através do PN-CST n.º 77/86;

- ocorre que, diferentemente do caso retratado no PN-CST n.º 77/86, o ICMS referente a substituição tributária do trigo em grão, não é cobrado destacadamente no documento fiscal, tendo em vista que a sua exigência, pelo ente estadual, ocorre no momento da aquisição da matéria-prima, sendo necessária a definição de critério para a determinação da parcela do imposto contida no valor total da nota fiscal, relativa às operações subseqüentes realizadas com os produtos vendidos pelo impugnante e aqueles deles derivados;

- por outro lado, qualquer pretensão no sentido de não permitir a exclusão de tais valores da base de cálculo da Cofins restou infundada com a publicação, em 28 de junho de 2004, do Ato Declaratório Interpretativo SRF n.º 19. Com o referido Ato, a SRF reconheceu expressamente o direito do impugnante e dos demais estabelecimentos moageiros instalados no Estado do Ceará de excluir da receita bruta de vendas a parcela do ICMS recolhido a título de substituição tributária, por ocasião da importação do exterior, de trigo em grão, farinha de trigo e mistura de farinha de trigo;

- a exclusão do ICMS incidente sobre as importações de trigo – nos moldes previstos no Decreto do Estado do Ceará n.º 24.464/97 – da base de cálculo da Cofins é inquestionavelmente legal.

Em decisão de fls. 119 a 131, a DRJ em Brasília - DF, por unanimidade de votos, julgou não conhecido do recurso em parte, face à opção pela via judicial e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos da ementa que se transcreve:

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

Ano-calendário: 1999

Ementa: Ação Judicial. Renúncia às Instâncias Administrativas. A opção pela via judicial importa renúncia às instâncias administrativas, não cabendo conhecer das razões de defesa quanto à matéria sob o

crivo do Poder Judiciário. A propositura de ação judicial afasta o pronunciamento da jurisdição administrativa sobre a matéria objeto da pretensão judicial, razão pela qual não se aprecia o seu mérito, não se conhecendo da impugnação apresentada.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 1999

Ementa: Decadência.

O direito de proceder ao lançamento relativo à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins extingue-se após 10 (dez) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.212/91."


Inconformada com a decisão de primeira instância, a interessada, às fls. 136/146, interpôs recurso voluntário tempestivo a este Segundo Conselho de Contribuintes, onde aduziu, em síntese, as seguintes razões de defesa:

- em preliminar, aduz que é nula a exigência de Cofins referente ao fato gerador de janeiro de 1999, porquanto fulminada pela decadência, em face da jurisprudência do Primeiro Conselho de Contribuintes, da Câmara Superior de Recursos Fiscais e do Superior Tribunal de Justiça;

- não importa renúncia ao direito de postulação na via administrativa, quando ele já se encontrava na justiça, discutindo o seu direito, antes de se instaurar a discussão na instância administrativa. É que, segundo a recorrente, não se poderia renunciar o que ainda não existe e como tal sequer poderia prever a possibilidade de uma autuação pela Fazenda Nacional. Sendo assim, requer desde já os autos do presente processo permaneçam sobrestados na repartição até o trânsito em julgado da decisão definitiva a ser prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 98.0023521-2 (Resp 601.741) e, por conseguinte, que não seja tomada qualquer medida tendente a inscrever o crédito tributário em questão como dívida ativa da União.

- Quanto ao mérito, ou seja, em relação às exclusões do ICMS retido recolhido no regime de substituição tributária da base de cálculo da COFINS, apesar de reconhecer que discute tal matéria na esfera judicial reitera os seus argumentos aduzidos na impugnação.

É o Relatório.

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 09, 07, 07

Marilde Cursino de Oliveira
Mat. Siape 91850

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 028/07/07
af
Marilda Curcio da Oliveira
Mat. Sispae 91850

Voto

Conselheiro ANTONIO BEZERRA NETO, Relator

O recurso preenche as condições de admissibilidade e dele tomo conhecimento.

Na análise dos autos verifico que a matéria do recurso administrativo atinente às exclusões do ICMS retido recolhido no regime de substituição tributária da base de cálculo da COFINS foi submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Para melhor elucidação, transcreve-se parte da decisão em agravo de instrumento:

"Por tal razão, a agravante interpôs embargos de declaração para que fosse esclarecido que o montante que se pretende excluir da base de cálculo do PIS e da COFINS não é o ICMS devido pela própria empresa, mas aquele pago por substituição tributária, tendo a Corte regional reconhecido a imprecisão do Acórdão, afirmando que "há de se esclarecer que o ICMS a que se refere o v. acórdão embargado, é o ICMS que no regime de substituição tributária, nos termos do Decreto do Estado do Ceará n.º 23.464/97, foi desvinculado da operação de venda, para integrar as operações de importação, das empresas importadoras de trigo". (g.n)

Quanto à discussão de matéria tributária em ação judicial dispõe o § único, do art. 38, da Lei n.º 6.830/80, *verbis*:

"Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda pública só é admissível em execução, na forma da Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declaratório da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo único. A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto." (grifei)

A interposição de ação judicial produz um efeito capital, a perda do poder de continuar a parte a litigar na esfera administrativa, ou seja, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência de recurso por acaso interposto, como preceitua o citado dispositivo legal.


A desistência da via administrativa não é um ato unilateral de vontade do contribuinte, mas uma imposição de lei em sentido estrito.

Não importa que o lançamento ocorra antes ou depois do ajuizamento da ação, porquanto nenhum dispositivo legal ou princípio de direito material ou processual impede o lançamento do crédito tributário, cuja única fronteira legal intransponível é a decadência.

Também vale lembrar que a decisão judicial sempre prevalecerá sobre a decisão administrativa por mandamento constitucional expresso.

A argumentação que "não se pode renunciar o que não existe" é sedutora, mas também não pode prosperar, pois a expressão "renúncia", se interpretada em seu contexto

af

..IF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	<u>23, 07, 07</u>
 Marilda Cursiño de Oliveira Mat. Siape 91650	

correto, se refere à renúncia ao direito subjetivo de a recorrente ver apreciada administrativamente a impugnação ao lançamento do tributo com relação a mesma matéria *sub judice* e, não simplesmente renúncia do uso da instância administrativa, dando a entender que se ainda não instalada a lide na instância administrativa não haveria o que se renunciar.

Por fim, releva ressaltar que o entendimento aqui esposado foi alvo de Súmula do Primeiro Conselho de Contribuintes.

Em relação a esse item, então, não conheço do recurso, face à opção pela via judicial, considerando-a definitiva na instância administrativa, pelo que restrinjo minha análise à irresignação da contribuinte quanto à extinção do crédito tributário em face da decadência, uma vez que esta matéria não está sendo discutida no Poder Judiciário.

Decadência Cofins

A Cofins, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 1991, é contribuição incidente sobre o faturamento a que se refere o art. 195, I, da Constituição Federal de 1988, destinada a financiar a seguridade social, sendo-lhe aplicáveis, portanto, as normas específicas da Lei nº 8.212, de 24 de abril de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e que, em seu art. 45, atendendo à faculdade conferida pelo art. 150, § 4º do CTN, estabelece:

“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;

...

(omissis)(grifei)

Observe-se que esse entendimento está em consonância com o art. 146, III, “b”, da Constituição Federal de 1988, uma vez que o CTN dispõe sobre normas gerais em matéria de decadência, ao passo que a Lei nº 8.212, de 1991, contém normas específicas, expressamente previstas no § 4º do art. 150 do CTN.

Roque Antônio Carrazza leciona neste sentido, quando afirma que à lei de normas gerais não cabe fixar os prazos decadencial e prescricional:

“... a lei complementar, ao regular a prescrição e decadência tributárias, deverá limitar-se a apontar diretrizes e regras gerais. (...) Não é dado, porém, a esta mesma lei complementar entrar na chamada ‘economia interna’, vale dizer, nos assuntos de peculiar interesse das pessoas políticas. (...) a fixação dos prazos prescricionais e decadenciais depende de lei da própria entidade tributante. Não de lei complementar. (...) Falando de modo mais exato, entendemos que os prazos de decadência e prescrição das ‘contribuições previdenciárias’ são, agora, de 10 (dez) anos, a teor, respectivamente, dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que, segundo procuramos demonstrar, passam pelo teste de constitucionalidade.” (Apud Leandro Paulsen, Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da

17

Jurisprudência, 6. ed. rev. atual., Porto Alegre, Livraria do Advogado:ESMAFE, 2004, p. 1182)

Outro não é o ensinamento de Paulo de Barros Carvalho ao afirmar que, somente no silêncio da lei correspondente ao tributo é que seria aplicado o prazo de cinco anos:


"(...) cabe à lei correspondente a cada tributo estatuir prazo para que se promova a homologação. Silenciando acerca desse período, será ele de cinco anos, a partir do acontecimento factual." (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 17. ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 432)

Dessa forma, verifico que não houve a decadência dos créditos da Cofins relativamente aos períodos constantes do auto de infração, uma vez que a ciência ao auto de infração (22/10/2004) foi dada antes que findasse o prazo de dez anos contados a partir da ocorrência do fato gerador (31/01/1999).

Pelas razões acima expostas, voto no sentido de não conhecer do recurso em parte, face à opção pela via judicial e, na parte conhecida, negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 21 de junho de 2007


ANTONIO BEZERRA NETO

MF-SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 23/07/07
 Marilda Curáino de Oliveira Mat. Sispex 91850